بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية في صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم (رباعي) : حنان بنت محمد حسين جستنية

كلية : الشريعة والدراسات الإسلامية قسم : الدراسات العليا الشرعية

الأطروحة المقدمة لنيل درجة : الماجستير في تخصص الفقه وأصوله فرع الفقه .

عنوان الأطروحة : ((أقسام العقود في الفقه الإسلامي))

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد

بناء على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه ، والتي تمت مناقشتها بتاريخ ١٧/ ٨ /١٤١٩هـ بقبولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة ، وحيث قد تم عمل اللازم فإن اللجنة توصي بإجازتها في صيغتها النهائية المرفقة للدرجة العلمية المذكورة أعلاه ...

والله الموفق ،،،

أعضاء اللجنة

المشرف	المناقش الأول	المناقش الثاني
الاسم : د / ياسين ناصر الخطيب	الاسم : د / وفاء معتوق فراش	الاسم : د / نور حسن قاروت
التوقيع : ----------	التوقيع : ----------	التوقيع : ----------

رئيس قسم الدراسات العليا الشرعية

الاسم : د / عبد الله بن حمد الغطيمل

التوقيع : ----------

يوضع هذا النموذج أمام النسخة المقابلة لنسخة عنوان الأطروحة في كل نسخة من الرسالة

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الدراسات العليا الشرعية

فرع الفقه وأصوله

شعبة الفقه

أقسام العقود في الفقه الإسلامي

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه

إعداد الطالبة

حنان بنت محمد حسين جستنيه

إشراف

الأستاذ الدكتور / ياسين بن ناصر الخطيب

١٤١٨هـ ــ ١٩٩٨م

(الجزء الأول)

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص بحث رسالة ماجستير بعنوان : (أقسام العقود في الفقه الإسلامي)

الحمد لله الذي شرع الشرائع ووضع الأحكام . وبين لعباده الحلال والحرام ، والصلاة والسلام على رسوله الكريم محمد بن عبد الله سيد المرسلين ، وخاتم النبيين ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن سار على نهجه إلى يوم الدين .

أما بعد :

فهذه رسالة مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، وإليك أيها القارئ الكريم وصفاً عاماً لبناء الرسالة التي اشتملت على مقدمة وبابين وخاتمة :

١- المقدمة ، وقد اشتملت على أهمية الموضوع وسبب اختياره وخطة البحث ومنهجه .

٢- الباب الأول التمهيدي ، وقد اشتمل على ثلاثة فصول : تناولت في الفصل الأول لمحات عامة عن العقد من جهة تأريخه ، وعن أهميته في معاملات الناس ، وأثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود . وقد خصّصت الفصل الثاني لتعريف العقد لغة ، واصطلاحاً والفرق بين العقد والتصرف ، والعقد والالتزام . أما الفصل الثالث فقد تكلمت عن أركان العقد وشروطه العامة والخاصة ، وحكمه .

٣- الباب الثاني : خصّصته لدراسة أقسام العقود في الفقه وصورها ، وقد اشتمل على ثمانية فصول :

أ ـ الفصل الأول :ـ عن أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها .

ب ـ الفصل الثاني :ـ عن أقسام العقود بالنظر إلى الصحة والفساد .

ج ـ الفصل الثالث :ـ عن أقسام العقود من ناحية الصيغة .

د ـ الفصل الرابع :ـ عن أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه .

هـ ـ الفصل الخامس : ـ عن أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه .

و ـ الفصل السادس :ـ في أقسام العقود بالنظر إلى غاية العقد .

ز ـ الفصل الثامن :ـ في أقسام العقود بالنظر إلى اشتراط القبض .

ح ـ الفصل الثامن :ـ في تقسيمات حديثة للعقود .

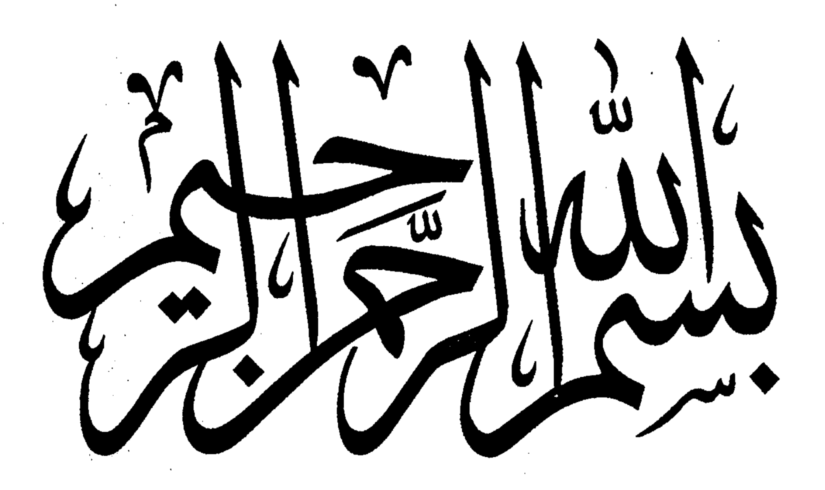
ثم ختمت الرسالة بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث ، والتي من جملتها :

١ـ إن الشريعة الإسلامية لها نظامها الخاص في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان والفساد ، وقد برع فقهاء الحنفية في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة موفقه .

٢ ـ إن العاقد لا يستطيع التحلل من العقد اللازم بإرادته بينما يملك العاقدان أو أحدهما في العقد غير اللازم أن يتحلل من التزامه دون مسؤولية عليه في ذلك .

٣ ـ الأصل أن العقد تترتب عليه آثاره بمجرد الاتفاق بين الطرفين ، إلا أن هناك طائفة من العقود يشترط فيها القبض . إلى غير ذلك من النتائج المدونة في خاتمة البحث .

العميد	المشرف	الطالبة
د . محمد العقلا	د . ياسين بن ناصر الخطيب	حنان بنت محمد جستنيه


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى والديّ العزيزين وزوجي الغـــالي وإلى كل طالب علم سائلة المولى العلي القدير أن يجعله علمـــا نافعـا خالصا لوجهه الكريم سبحانه وتعالى .

شكر وتقدير

أحمد الله على نعمه التي لا تحصى وأجلها نعمة الإسلام . وأشكر له ما مَـنَّ به من التوفيق لإتمام هذا البحث المتواضع وما أولاه من الإكـــرام ، وأســـأله العصمة من الزلل والإخلاص في القول والعمل على الدوام .

ثم إني بعد ذلك أتوجه بالشكر والعرفان إلى والديّ العزيزين وزوجي لمـــا بذلوه من جهد ، ولحرصهم على تشجيعي وتحصيلي من منهل العلم والمعرفـة، فجزاهم الله خيرا .

كما أقدم عظيم شكري وجزيل امتناني لكل من منحني من توجيهاته القيمة وآرائه وأخص بالذكر منهم أستاذي الفاضل وشيخي الجليل الدكتور ياســين بن ناصر الخطيب على ما بذل من الإشراف على هذه الرسالة وما أسدى مـن توجيه ونصح وما أولى من تعطُّف ورحابة صدر وأدعو له بطول العمر ممتعـــا بقوّاه في طاعة الله وخدمة العلم وإفادة طلابه .

كما أقدم عظيم شكري وفائق تقديري لجامعة أم القرى ممثلة في أعضائـها ، وأدعو الله لهم بحسن الجزاء وجميل المثوبة .

كمالا يفوتني أن أقدم شكري وتقديري إلى كل مـــن ســـاعدني في هـــذه الرسالة بمد يد العون أو بالدعاء لي أو بالحض والتشجيع .

أم محمد

المقدمة

الحمد لله رب العالمين مالك الملك إلى يوم الدين ، خالق الخلق ، مُعلّم الأولين والآخرين . المنعم على عباده ، من غير مِنَّة ولا تفاخر .

والصلاة والسلام على خير خلق الله خلقا وعلما محمد بن عبد الله ، وعلى آله وصحبه ومن والاه ، ودعا بدعوته من بعده وسار على نهجه إلى يوم الدين .

﴿ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّنْ لِّسَانِي يَفْقَهُواْ قَوْلِي﴾ (1) ، ﴿ رَبَّنَا ءَاتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَداً ﴾ (2).

وبعد :

عني المؤلفون في القواعد الفقهية من الأقدمين والكاتبون في نظرية العقد من المحدثين بإبراز الروابط القائمة بين أنواع العقود فَصنَّفوها في مجموعات بحسب حقائقها التي تقوم عليها والأغراض التي تهدف إلى تحقيقها ، والأحكام التي تعتريها وغير ذلك من الاعتبارات الشرعية . ذلك أن كل مجموعة من هذه المجموعات تشترك في ناحية تَجمعُها من بعض الوجوه وإن كانت تختلف من نواح ووجوه أخرى (3).

ولتقسيم العقود إلى طوائف تشترك كل منها في مقومات مشتركة ، أهمية كبرى من عدة وجوه ، أهمها :

أولا : يعد هذا الموضوع جزء من نظرية العقد ، والتي تعد الأساس الذي ينبني عليه تكوين العقد في جميع ما اشتمل عليه ، وعلى الرغم من اهتمام كثير من العلماء والباحثين بموضوع نظرية العقد والكتابة فيه ، وظهور مجموعة كبيرة من الكتب والأبحاث في هذا

---

(1) سورة طه : آية ٢٥ — ٢٨ .

(2) سورة الكهف : آية ١٠ .

(3) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٦ — ٣٣٧ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧٥ — ٢٨٣ ؛ الزّركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٩٧/٢ — ٤١٢ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٣٨/١ — ٥٣٩ .

المجال [1] ، فإن المتتبع لهذه الدراسات يجد أن موضوع ((أقسام العقود في الفقه الإسلامي)) لم يبحث بحثا مستقلا متكاملا فيما أعلم ، وإنما كان يذكر في ثنايا الحديث عن نظرية العقد . ولا يخفى ما لهذا الموضوع من أهمية كبرى في تطبيق قواعد النظرية العامة للعقد ، فتطبيق القواعد العامة للعقد تختلف باختلاف طوائف العقود كما سيتضح من خلال عرض هذه التقسيمات .

وإذا فهذا الموضوع يعد استكمالا لدراسة النظرية العامة للعقد ، ووضع الأسس والقواعد التي يقوم عليها تنفيذ العقد .

ثانيا : إذا أردنا أن نبحث في الفقه الإسلامي كيف يكون تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه ، فيجب أن نستعرض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي عقدا عقدا ، لننظر كيف يقوم المتعاقدان بتنفيذ كل عقد منها . ويحسن لهذا الغرض تقسيم العقود طوائف ، تجتمع كل طائفة منها في مقومات مشتركة .

وللفقهاء في هذا الصدد تقسيمات متعددة يقفون في كل تقسيم منها عند اعتبار معين.

منها : تقسيم العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها ، فيقسمون العقود بهذا النظر إلى عقود مسماة ، وعقود غير مسماة .

ومنها : تقسيم العقود بالنظر إلى الصحة والفساد ، فيقسمون العقود بهذا النظر إلى عقود صحيحة ، وعقود باطلة أو فاسدة .

---

(1) منها : مدكور / **المدخل للفقه الإسلامي** ، حيث تحدث في القسم الرابع عن النظريات العامة ومنها : نظرية العقد في سبعة فصول ، وتحدث في الفصل الرابع عن أقسام العقد : ٥٠٣ ــ ٧١٩ ؛ أبو زهرة / **الملكية ونظرية العقد** ، حيث تحدث في الكتاب الثاني عن نظرية العقد : ١٩٩ ــ ٤٦٣ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** ، حيث تحدث في الباب الثالث عن نظرية العقد في ستة فصول ، وتحدث عن أقسام العقود في الفصل الخامس من الباب المذكور : ٣٦٢ ــ ٥٥٧ ؛ موسى / **الأموال ونظرية العقد** ، حيث تحدث عن نظرية العقد في القسم الثالث : ٢٤٧ ــ ٥٠٨ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** ، حيث تحدث في القسم الثاني عن النظريات الفقهية الأساسية في مباني الأحكام ، وتحدث في الباب الثاني من هذا القسم عن نظرية العقد ، وتحدث في الفصل الخامس من الباب المذكور عن تقسيم العقود : ١/٢٨٨ ــ ٥٨٧ ؛ زيدان / **المدخل لدراسة الشريعة** ، حيث تحدث في الباب الثاني من القسم الثاني من الكتاب عن نظرية العقد ، وتحدث في الفصل الخامس عن أقسام العقد : ٣٠٧ ــ ٣٩٨ ؛ السنهوري / **نظرية العقد** (النظرية العامة للالتزامات) .

ومنها : تقسيم العقود من ناحية الصيغة ، فيقسمون العقود بهذا النظر إلى عقود منجزة ، وعقود مضافة ، وعقود معلقة . وغيرها من التقسيمات التي ذكرها الفقهاء .

ثالثا : فيه بيان لسعة الفقه الإسلامي وبعده عن الحرج والضيق . ولأنه يدل على عناية الشريعة الإسلامية وشدة محافظتها .

فلكل ما تقدم ولغيره وقع اختياري على موضوع :

((أقسام العقود في الفقه الإسلامي))

لتسجيله موضوعا لنيل درجة الماجستير في الفقه . فأقدمت على ذلك وأنا أنشد العون والسداد والتوفيق من رب العزة والجلال .

وحيث إن جزئيات هذا الموضوع لم تكن محصورة في باب من أبواب الفقه أو في قسم من أقسامه فقد لاقيت في جمعها وتنظيمها مشقة عظيمة وجهدا كبيرا حتى جمعت بتوفيق الله ما تيسَّر جمعه من جزئيات هذا الموضوع من عامة أبواب الفقه في كتب المذاهب الفقهية وما يعين على ذلك من كتب التفسير والحديث وغيرهما مما احتيج في بناء هذه الرسالة .

خطة البحث :

اشتملت هذه الرسالة على مقدمة وبابين وخاتمة :

المقدمة : وقد اشتملت على ما يلي :

أولا ـــ أهمية الموضوع وسبب اختياره .

ثانيا ـــ خطة البحث .

ثالثا ـــ منهج البحث .

الباب الأول التمهيدي ـــ لمحة عن العقد والتعريف به وذكر أركانه وشروطه وحكمه .

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : لمحة تأريخية عن العقد وأهميته في معاملات الناس وأثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود .

المبحث الأول : في تعريف القبض وكيفيته وأثره في العقود .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القبض لغة واصطلاحا .

المطلب الثاني : كيفية القبض (طرقه ، وصور تحقق عند الفقهاء) .

المطلب الثالث : أثر القبض في العقود في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : العقود الرضائية وضوابطها .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد الرضائي .

المطلب الثاني : ذكر ضابط هذا القسم ، وأمثلته .

المبحث الثالث : العقود القبضية (العينية) وضوابطها .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في القسم الأول : العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية .

وفيه أربعة فروع :

الأول : القرض .

الثاني : الهبة .

الثالث : العارية .

الرابع : العقد الفاسد .

المطلب الثاني : في القسم الثاني : العقود التي يشترط القبض فيها لصحتها .

وفيه ثلاثة فروع :

الأول : الصرف .

الثاني : بيع الأموال الربوية .

الثالث : السلم .

المطلب الثالث : في القسم الثالث : العقود التي يشترط القبض فيها للزومها .

وفيه أربعة فروع :

الأول : القرض .

الثاني :الرهن .

الثالث : الوقف .

الرابع : الهبة .

المبحث الرابع : قاعدة في العقود التي يشترط قبض المحل فيها قبل التصرف فيه ببيـــع ونحوه ، والعقود التي لا يشترط فيها ذلك .

الفصل الثامن : تقسيمات حديثة للعقود .

ويشتمل هذا الفصل على أربعة مباحث :

المبحث الأول ــ أقسام العقود بالنظر إلى الفورية والاستمرارية .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول ــ العقود الفورية .

المطلب الثاني ــ العقود الاستمرارية .

المطلب الثالث ــ أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية .

المبحث الثاني ــ أقسام العقود بالنظر إلى الأصلية والتبعية .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : العقود الأصلية ، وأمثلتها .

المطلب الثاني : العقود التبعية ، وأمثلتها .

المبحث الثالث ــ أقسام العقود من حيث الموضوع .

المبحث الرابع ــ أقسام العقود من حيث الطبيعة .

الخاتمة : وتتضمن خلاصة البحث وأهم النتائج .

منهج البحث :

يتلخص المنهج الذي سلكته في هذا البحث في النقاط التالية :

١ ـــ لا تهدف هذه الرسالة إلى المقارنة التفصيلية الشاملة ، وذلك لكثرة التفصيلات وتشعبها . فلم أحرص كثيرا على التفصيلات والجزئيات ، لأن الهدف الأساسي هو إبراز المبادئ الكبرى والقواعد الأصلية ، لذا ذكرت مسائل أو صوراً يظهر فيها الخلاف جليا ، وليس القصد من إيرادها بيان الأدلة والمناقشات لأن ذلك يضيق عنه الوقت ولطول البحث اكتفيت ببيان الاختلاف في الصور ـــ على غرار الكتابة في القواعد ـــ .

٢ـــ في دراسة الفروع الفقهية اتبعت أسلوب الموازنة الفقهية بين المذاهب الأربعة ، إضافة إلى المذهب الظاهري حسب الحاجة في عرض مسألة معينة .

٣ ـــ عرضت الآراء الفقهية ما أمكنني ذلك ، ثم الأدلة ، ثم المناقشات ، ثم الترجيح بحسب ما يظهر لي من قوة الأدلة ، وقد أتوقف عن الترجيح في بعض المسائل .ولم أشذ عن ذلك إلاّ إذا لم يمكن الجمع بين المذاهب الفقهية ، لاختلافها ، أو لوجود تفريعات عديدة للمذهب الواحد ، فَأُفرِدُ كل مذهب على حدة ، أو عند الكلام عن مسألة من وجه مخصوص لاستكمال تقسيم معين .

وأحيانا في بعض المسائل كنت أذكر القول وألحقه بدليله ، إن خدم المسألة ، وكان إفراده يؤدي إلى بتر الموضوع .

٤ ـــ نسبت الآيات إلى سورها ، وأشرت إلى رقم الآية .

٥ ـــ قمت بتخريج الأحاديث والآثار من الكتب المعتمدة ، مع ذكر درجة كل حديث ، وتعليقات العلماء عليه إن وجدت ، إلاّ ما ذكر في الصحيحين أو أحدهما فإني أكتفي بتخريجه منهما أو من أحدهما . وإذا تكرر الحديث أحلت على ما ذكر بقولي (تقدم تخريجه) .

٦ ـــ قمت بالترجمة للأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة ، عند ذكر العلم للمرة الأولى .

٧ ـــ وضحت المصطلحات الغريبة والغامضة في البحث .

٨ ـ رجعت خلال بحثي لهذا الموضوع إلى المصادر الأصلية التي تناولته ، سواء أكانت مصادر تفسير أم حديث أم فقه أم أصول فقه أم لغة أم ما يتعلق منها بالرجال . كما استعنت بما كتب في هذا الموضوع من كتب حديثة ، وذلك إتماما للفائدة ، وتحقيقا للغاية المنشودة .

٩ ـ اعتمدت على طريقة التوثيق المختصر في الحاشية ، وذلك بذكر لقب المؤلف أو شهرته واسم الكتاب فقط في كل مرة يرد ذكر المرجع .

١٠ ـ جرى في هذه الرسالة استعمال رموز ومصطلحات في الكتابة وفي العزو والإحالة أوضحها فيما يلي :

أ ـ حرف القاف مسبوقا باسم كتاب هو رمز القاعدة من الكتاب المذكور ، كما في القواعد للإمام ابن رجب .

ب ـ حرف الفاء مسبوقا باسم كتاب هو رمز الفرق في الكتاب المذكور ، كما في الفروق للإمام القرافي .

ج ـ حرف الميم مسبوقا باسم كتاب هو رمز المادة ذات الرقم من الكتاب المذكور ، كمجلة الأحكام العدلية ، ومجلة الأحكام الشرعية ، هكذا مثلا : مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٢) ، وأيضا هو رمز المادة في كتب المعاجم اللغوية .

د ـ جرى استخدام الرموز التالية في توثيق الإحالات : الصفحة = ص ، الحاشية = ش .

١١ ـ قمت بعمل فهارس للآيات القرآنية ، والأحاديث النبوية الشريفة ، والآثار ، ، والقواعد الفقهية ، والأعلام ، والمصادر والمراجع ، والموضوعات .

أما فهرس الآيات فمرتبا حسب سور القرآن .

وأما فهرس الأحاديث والآثار والقواعد الفقهية فمرتب ترتيبا هجائيا ، لسهولة الوصول في الكشف عن المطلوب .

وأما فهرس الأعلام ، فمرتب ترتيبا هجائيا بحسب ورود العلم (بالاسم أو الكنية أو الشهرة) في البحث .

وأما فهرس المصادر والمراجع ، فبحسب الفنون ، فالقرآن الكريم ، ثم كتب التفسير فكتب الحديث وهكذا .

وبعد :

فالكمال لله عز وجل والعصمة للأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، وهذا جهد المقل ، فإن أصبت — وهو ما أرجو — فبتوفيق من الله عز وجل ، وإن أخطأت أو قصرت فهو مني ومن الشيطان .

أسأل الله تعالى ، أن يجنبني الزلل ، وأن يعصمني من الخطأ ، وأن يوفقني لما يحبه ويرضاه ، وأن يجعل ما أكتبه علما نافعا وعملا صالحا ، إنه على كل شيء قدير .

سبحانَ ربِّكَ رَبِّ العزَّةِ عَمَّا يَصِفُون ، وسلامٌ على المُرْسَلِينَ ، والحمدُ للهِ ربِّ العالمينِ.

أم محمد

الباب الأول التمهيدي
لمحة عن العقد والتعريف به وذكر أركانه وشروطه وحكمه

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : لمحة تاريخية عن العقد وأهميته في معاملات الناس وأثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود .

الفصل الثاني : التعريف بالعقد .

الفصل الثالث : أركان العقد وشروطه وحكمه .

الفصل الأول

لمحة تاريخية عن العقد وأهميته في معاملات الناس وأثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : لمحة تاريخية عن العقد .

المبحث الثاني : أهمية العقود في معاملات الناس .

المبحث الثالث : أثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : الرضا .

المطلب الثاني : موقف الفقهاء من قاعدة حرية العقود والشروط .

المطلب الثالث : اعتبار العرف أساسا في تحديد الالتزامات .

المطلب الرابع : الوفاء بالعقود .

المبحث الأول ـ لمحة تأريخية عن العقد .

عرف البشر أصل العقد من أقدم العصور ، فليس غريبا أن يُلزِمَ الشخصُ نفسَه بالتزامات يُطلب منه الوفاءُ بها حالا أو مستقبلا ؛ لأن الحياة العملية للأفراد اقتضت ذلك بسبب كون هؤلاء الأفراد أعضاء في مجتمع تربط أعضاءه جملة روابط اجتماعية واقتصادية .

غير أنه لا يُعرف بعد كيف نشأت فكرة التعاقد على الالتزامات ، وعن أي عوامل تولدت إلا على سبيل الظن والتخمين .

ويرى بعض العلماء الباحثين أن أول ما عرفه البشر من التعامل هو التبادل الفوري . فعند الاحتياج كان الإنسان يعطي ، ويأخذ بقدر ما يعطي . ثم تولد التعاقد على الالتزامات التي يكون الإنسان مسئولا عن تنفيذها في المستقبل عن طريق ديَّة القتل . فقد كان الاعتداء يوجب الثأر الفعلي بالحرب بين الأسرتين . ثم عُرِف أخذُ الديَّة مكان الثأر ، وقد لا يتمكن المعتدي من دفعها ، فيُستمهل لجمعها من أسرته أو قبيلته ، ويضع في مقابلها رهينة إلى أجل ، ويقال إن هذا هو الأصل التأريخي للالتزام التعاقدي .

ويرى آخرون أن أصل العقد هو : اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما ، ثم انتقلت فكرة التعاقد من إجراءات التقاضي إلى دائرة المعاملات [1] .

وقد مرَّ العقد بأطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية ، والحرية ، وقوة الاعتبار ، وحسب الرأي السائد في تأريخ الشرائع فقد كان العقد قديما مُطوَّقا ومثقلا بالشكليات : ففي التشريع الروماني القديم ، نجد من مميزاته وخواصه : كثرة الرسميات التي لا طائل بها ، فكان لأنواع العقود من بيع ونكاح وغيرهما مراسم وأشكال ضرورية لإبرام العقود ، أما العقد الخالي من الشكل والألفاظ المرسومة فلم يكن عند الرومانيين القدماء نافذا ولا ملزما .

فالمعاقدة لانتقال الملكية ، مثل الوصية تقتضي عند الروميين إمضاء سبعة من الشهود ، وفي أقدم عقد روماني معروف وهو عقد القرض الشكلي المسمى ((نكسوم)) كان يجب أن يحضر عاقدان مع حامل الميزان وخمسة شهود ، وكان يتلفظ العاقدان بحضور من ذكر

---

[1] انظر : السنهوري / **نظرية العقد** : ٨٧ ــ ٩٠ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ١/٢٩٥ ــ ٢٩٦ .

بألفاظ لاتينية تقليدية مرسومة تدل على رغبتهما في إنشاء العقد ، أما حضور حامل الميزان فكان رمزا تقليديا باقيا من عادة وزن النقود في أول العهد بالتعامل والمبادلة [(١)] .

وفي جاهلية العرب كانت البيوع تطغى الشكلية فيها على حرية أحد العاقدين وإرادته كبيع الملامسة [(٢)] ، والمنابذة [(٣)] ، والحصاة [(٤)] ، وقد نهى النبي ﷺ عن هذه البيوع ، وفي هذا يروي لنا الإمام البخاري [(٥)] رحمه الله عن أبي سَعِيدٍ [(٦)] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

---

(١) انظر : (س.ف فتز جيرالد s.v. fitz gerald) / مجموعة مقالات لعدة مؤلفين ، **هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي** ، ((**المقالة الخامسة الدين المزعوم للقانون الرومي على القانون الإسلامي**)) تعريب محمد سليم العوا : ١٦٢ ؛ محمصاني / **النظرية العامة للموجبات والعقود**: ٢/٢٥ — ٢٦ ؛ السنهوري / **نظرية العقد** : ٣٠ ، ٩٠ .

(٢) بيع الملامسة : وفي تأويله ثلاثة أوجه : الأول : أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستام ، فيقول صاحبه بعتك هذا الثوب بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته . والثاني : أن يجعلا نفس اللمس بيعا ، فيقول : إذا لمسته فهو مبيع لك . والثالث : أن يبيعه شيئا على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره . وهذا البيع باطل على التأويلات كلها . [انظر : النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٠/١٥٤-١٥٥]

(٣) بيع المنابذة : وفي تأويله ثلاثة أوجه : الأول : أن يجعلا نفس النبذ بيعا . والثاني : أن يقول البائع : بعتك هذه السلعة ، فإذا نبذتها إليك انقطع الخيار ولزم البيع . والثالث : المراد نبذ الحصاة . وهذا البيع باطل على التأويلات كلها لما فيه من الغرر . [انظر : النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٠/١٥٥] .

(٤) بيع الحصاة : هو بيع ما وقعت عليه الحصاة . وهذا التفسير موضع اتفاق بين الفقهاء ، وله صور أخرى ذكرها الفقهاء فلتنظر في مظانها . [انظر : الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ٤/٤٨ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/٤١٧ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ٣/٥٧ ؛ الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٣/٥٧ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج** : ٢/١٧٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/١٦٧ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٤/٣٢ ، ٣٣] .

(٥) **محمد بن إسماعيل بن المغيرة البخاري (١٩٤ — ٢٥٦ هـ)** : أبو عبد الله ، حبر الإسلام ، والحافظ لحديث رسول الله ﷺ. ولد في بخارى ، ونشأ يتيماً ، وكان حاد الذكاء مبرزاً في الحفظ . رحل في طلب الحديث ، وسمع نحو ألف شيخ ، جمع نحو ستمائة ألف حديث ، اختار مما صح منها كتابه (الجامع الصحيح) الذي هو أوثق كتب الحديث ، وله أيضاً (التاريخ) ، و(الضعفاء) ، و(الأدب المفرد) .
[انظر : الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (١٢/٣٩١-٤٧١) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٦/٣٤)] .

(٦) **سَعْد بن مالك بن سنان بن عُبَيْد الأنصاري ، المدني ، المشهور بأبي سعيد الخُدْري (١٠ق هـ —٧٤هـ)**: له ولأبيه صحبة ، من صغار الصحابة وخيارهم . كان من المكثرين للرواية عن النبي ﷺ ، فقيهاً مجتهداً ، ممن بايعوا رسول الله ﷺ ألا تأخذهم في الله لومة لائم . شهد معه الخندق وما بعدها . مات بالمدينة .
[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٢/٢١٣) ؛ الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٣/١٦٨-١٧٢) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣/٨٧)] .

نَهى عَنِ الْمُنَابَذَةِ وَهِيَ طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إِلَى الرَّجُلِ قَبْلَ أَنْ يُقَلِّبَهُ أَوْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ ، وَنَهى عَنِ الْمُلامَسَةِ وَالْمُلامَسَةُ لَمْسُ الثَّوْبِ لا يَنْظُرُ إِلَيْهِ)) (١) .

وعَنْ أَبي هُرَيْرَةَ (٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : ((نَهى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ)) (٣) .

وإذاً فقد جاء التشريع الإسلامي بإطلاق العقود من القيود والشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه ، وإخضاعها لمجرد الإيجاب والقبول الصادرين بمجرد التراضي واعتباره هو الملزم دون القيود والشكليات ، إلا أن هناك طائفة من العقود تخضع في انعقادها لشيء من الشروط (٤) الشكلية ، وذلك لتعلق هذه الشكليات بالغاية المقصودة من العقد ،

---

(١) متفق عليه ، واللفظ للبخاري .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٩٤/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب بيع الملامسة (٦٢) ، حديث (٢١٤٤) .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٥٢/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (١) ، حديث (١٥١٢).

(٢) **عَبْدُ الرَّحْمنِ بن صَخْر الدَّوْسِي ، مشهور بكنية أبو هُرَيْرَة (٢١ ق هـ – ٥٩ هـ)** : صحابي جليل ، ومن المكثرين في رواية الحديث ، أسلم سنة ٧هـ ، وهاجر إلى المدينة . لزم صحبة النبي ﷺ فروى عن أكثر من خمسة آلاف حديث . ولاه عمر بن الخطاب على البحرين ثم عزله للين عريكته ؛ وولي المدينة في خلافة بني أمية ؛ توفي بالمدينة .
[انظر : ابن حجر / **الإصابة في تمييز الصحابة** : (٤٠٣/٢) ؛ (٢٠٢/٤-٢١١) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٣٥٧/٣) ؛ (٣١٨/٥-٣٢١) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣٠٨/٣)] .

(٣) بيع الغَرر : " هو ما كان له ظاهر يَغُرّ المشتَري ، وباطِنٌ مجهول " ، كبيع الآبق والمعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك في الماء الكثير واللبن في الضرع وبيع الحمل في البطن ونظائر ذلك ، وكل هذا بيعه باطل ؛ لأنه غرر من غير حاجة .
[ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٣٥٥/٣ ، وانظر : النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٥٦/١٠] .
الحديث رواه مسلم .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٥٣/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، بَاب بُطْلانِ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ غَـرَرٌ (٢) ، حديث (١٥١٣) .

(٤) الشروط جمع شرط وهو في اللغة : إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه ، والشرط بتحريك الراء : العلامة ، وجمعها أشراط ، ومنه أشراط الساعة أي علاماتها. والشرط عند النحاة ترتيب أمر على أمر آخر بأداة مثل إن وإذا ومهما .
والشرط في الاصطلاح : ما يتوقف عليه وجود الشيء دون أن يكون جزءاً من الماهية . =

كاشتراط القبض في طائفة من العقود تسمى بالعقود القبضية أو العينية ، واشتراط الشهود لصحة عقد النكاح عند من يرى ذلك [١] ، فالأمر الشرعي بلزوم الشهود والإعلان في النكاح إنما هو لتمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء المحصنات عن الاشتباه بالبغايا ، ولهذا شُرِعَ في النكاح الاحتفال بضرب الدف والوليمة مما يوجب الشهرة [٢] ، وتسمى هذه الطائفة من العقود بالعقود الشكلية [٣].

* * * * *

= والشرط قد يكون شرعيا وقد يكون جعليا ، فالشرعي هو: ما وضعه الشارع وألزمنا مراعاته وأوجب علينا احترامه ، وإذا خالفه المكلف لم يصح تصرفه ، كالشهود للنكاح عند من يرى ذلك ، والطهارة للصلاة ، فإنّ وجودهما الشرعي موقوف على الشهود و الطهارة توقفا شرعيا . وهو المقصود بالشروط هنا .

والجعلي : ما يشترطه العاقدان أو أحدهما ، ويكون القصد منه تحقيق مصالح خاصة ، وقد يكون مقترنا بالعقد أو معلقا عليه .

[انظر : (م : شرط) : الفيروز آبادي /**القاموس المحيط** : ٣٦٨/٢ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٤٧٨/١-٤٧٩ ؛ منلا خسروا / **مرآة الأصول** : ٤٢١/٢ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٤/ ٦٩ ؛ القرافي / **الفروق** (ف : ٣) : ١ /٦٢ ؛ المكي / **تهذيب الفروق والقواعد السنية** (ف : ٣) : ١/ ٥٩ - ٦٠ ؛ ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٢٠٤/٣ ؛ أبا زهرة / **أصول الفقه** : ٦١] .

(١) اختلف الفقهاء في اشتراط الشهادة لصحة النكاح على قولين : الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الإشهاد شرط في صحة النكاح ، وبدونه يكون فاسدا .

الثاني : ذهب للمالكية إلى أن أصل الإشهاد على البناء واجب أما وجوده عند العقد فمستحب ، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد وجد الأمران الاستحباب والوجوب ، وإن فقد عند العقد ووجد عند الدخول ، فقد حصل الواجب وفات الاستحباب ، وإن لم يوجد عند واحد منهما فالنكاح فاسد . [انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٥٢/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢١٦/٢ ؛ العدوي / **حاشية العدوي على الخرشي** : ١٦٧/٣ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٤٠/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٣٩/٧]

(٢) انظر : ابن تيميه / **الفتاوى الكبرى** : ٤١٠/٣ .

(٣) انظر تقسيم العقود بالنظر إلى الرضائية والشكلية أو أقسام العقود من حيث التكوين ، ص :٣٩١ ، ش : ١

المبحث الثاني — أهمية العقود في معاملات الناس .

إن الإنسان مفتقر بالطبع إلى ما يقوته ويُموِّنه في حالاته وأطواره من لدن نشوئه إلى بلوغ أشده وإلى كبره ، فلا غنى لكل إنسان — لكونه مدنيا بالطبع — من العيش المشترك مع الجماعة ، لتأمين حاجاته . والله سبحانه وتعالى خلق جميع ما في العالم للإنسان وامتن به عليه في آيات كثيرة فقال : ﴿ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً مِّنْهُ ﴾ [1] و﴿ سَخَّرَ لَكُم الْبحْرَ ﴾ [2] ﴿ وسَخَّرَ لَكُم الفُلْك ﴾ [3] وكثير من الشواهد الأخرى .

ويد الإنسان مبسوطة على العالم وما فيه بما جعل الله له من الاستخلاف ، وأيدي البشر منتشرة وهي مشتركة في ذلك ، وما حصلت عليه يد هذا امتنع عن الآخر إلا بعوض . فالإنسان متى اقتدر على نفسه ، وتجاوز طور الضعف ، سعى في اقتناء المكاسب ، لينفق ما آتاه الله منها في تحصيل حاجاته وضروراته ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين ، فالتعاقد مع الآخرين وليد الحاجة إلى التعامل [4] ، ولا تخلو الحياة اليومية لأي فرد من إبرام عقد من العقود ، وقد جاء التشريع الإسلامي منظما لأمور الدين والدنيا بما اشتمل عليه من أصول وقواعد تنظم علاقة الإنسان بربه ، وعلاقته بغيره من الأفراد ، وعلاقته بالمجتمع الذي يعيش فيه .

والفقه الإسلامي جزء من هذا التشريع ، وهو الأداة التي تنظم حياة الفرد بقسميه : العبادات والمعاملات ، فهو نظام روحي وبدني .

وقد اشتمل الفقه الإسلامي على القواعد والضوابط التي تضبط أصول التعامل وتنظمه وتخضع المبادلات بصورها المتعددّة لما يعرف بنظرية العقد ، التي تضبط أصول التعامل والتبادل بين المتعاقدين وتبرز سمات العقود في الفقه الإسلامي [5] .

* * * * *

---

(١) سورة الجاثية : آية ١٣ .

(٢) سورة الجاثية : آية ١٢ .

(٣) سورة إبراهيم : آية ٣٢ .

(٤) انظر : ابن خلدون / **مقدمة ابن خلدون** : ٤٧/٢ .

(٥) انظر : أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٤/ ٦٨ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** : ٦٩/٢ ؛ الزنجاني / **تخريج الفروع على الأصول** : ١٤٥ .

المبحث الثالث ــ أثر الرضا والحرية والعرف والوفاء في العقود .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول ــ الرضا :

جاء التشريع الإسلامي بالقضاء على جميع عناصر الإكراه لكونه أبلغ ما يقدح في الرضا لما فيه من حمل المتعاقدين على إبرام العقد جبرا ودون اختيار منهما أو من أحدهما ، وأطلق حرية الإرادة [١] في تكوين العقد . وقد دلّ القرآن والسنة على أن رضا الإنسان أساس في كل العقود ، فيتوقف عليه حلها وانعقادها [٢] .

قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [٣] .

فاشترط التراضي : وهو الرضا من الجانبين في سائر التجارات ، والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الربح ، إلا أن قوله تعالى ﴿ بِالْبَاطِلِ ﴾ أخرج كل عوض لا يجوز شرعا من ربا أو جهالة أو تقدير عوض فاسد كالخمر والخنزير ووجوه الربا حتى وإن كان هناك تراض [٤] . وخصَّ الأكل هنا بالذكر ، وإن كانت كل التصرفات الباطلة محرمة ؛ لأن المقصود الأعظم من الأموال الأكل [٥] .

والاستثناء في قوله تعالى : ﴿ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [٦] فيه وجهان : أحدهما : أنه منقطع ، لأن التجارة عن تراضٍ ليست من جنس أكل المال بالباطل ، والتقدير لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، لكن إن حصلت تجارة وتراضيتم بها فليس بباطل .

---

(١) الإرادة في اللغة : المشيئة .
وفي اصطلاح الفقهاء تستعمل بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه .
[انظر (م : شئته) : الفيروز أبادي / **القاموس المحيط** : ١٩/١ ؛ الجرجاني / **التعريفات** : ٣٠ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٣٢٢/٣] .

(٢) انظر : ابن تيمية / **القواعد النورانية** : ٧٣ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٩ .

(٤) انظر : الجصاص / **أحكام القران** : ١٧٢/٢ ؛ ابن العربي / **أحكام القران** : ٤٠٨/١ .

(٥) انظر : الرازي / **التفسير الكبير ومفاتح الغيب** : ٧٢/١٠ ؛ الجصاص/ **أحكام القران** : ٥٨/٢ .

(٦) سورة النساء : آية ٢٩ .

والثاني : أنه متصل ، والتقدير لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وإن تراضيتم كالربا وغيره ، إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم [١] .

وقال عز وجل في الصداق : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ [٢]. فدلّت الآية على جواز هبة المرأة المهر للزوج إن طابت نفسها بتركه [٣] .

يقول شيخ الإسلام ابن تيميه [٤] ـــ رحمه الله ـــ معلقا على الآيتين : " ففي التبرعات : علق الحكم بطيب النفس ، وفي المعاوضات : علق الحكم بالتراضي . لأن كلا من المتعاوضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به ، بخلاف المتبرع . فإنه لم يُبذل له شيء يرضى به ، ولكن قد تسمح نفسه بالبذل ، وهو طيب النفس " [٥] .

وأما في السنة فقد جاء في كثير من الأحاديث ما يدل على أن رضا الإنسان أساس في تكوين العقد ، منها : قوله ﷺ ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه)) [٦] .

---

(١) انظر : الرازي / **التفسير الكبير ومفاتح الغيب** : ٧٣/١٠ ؛ ابن حجر / **فتح الباري** : ٥/٥ .

(٢) سورة النساء : آية ٤.

(٣) انظر : الرازي / **التفسير الكبير ومفاتح الغيب** : ١٨٩/٩ ـــ ١٩٠ ؛ الجصاص/ **أحكام القران** : ٥٧/٢ ـــ ٥٨ ؛ ابن العربي/ **أحكام القران** : ٣١٧/١ ـــ ٣١٨ .

(٤) **أحمد بن عبد الحليم بن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي ، المعروف بشيخ الإسلام ابن تيمية (٦٦١-٧٢٨هـ)** : تقي الدين ، أبو العباس ، ولد بحران كان كثير البحث في فنون الحكمة داعية إصلاح في الدين آية في التفسير والأصول ، فصيح اللسان ، قلمه ولسانه متقاربان ، له مصنفات عديدة انتفع بها أهل العلم على مختلف منحاهم ، منها : (منهاج السنة النبوية) ، و(الحسبة) ، و(السياسة الشرعية في إصلاح الرعية) ، و(قاعدة العقود) ، و(القواعد النورانية) ، و(الفتاوى) المشهورة .
[انظر : ابن حجر / **الدرر الكامنة** : (٨٨/١-٩٦) ؛ ابن كثير / **البداية والنهاية** : ١٣٥/٤ ؛ الزركلي / **الأعلام** : (١٤٤/١)] .

(٥) **نظرية العقد** : ١٥٣ ؛ وانظر : ابن حجر / **فتح الباري** : ٥/٥ .

(٦) رواه أبو يعلى ، والدارقطني ، والبيهقي من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه .
أبو يعلى ، **المسند** : ٢٢٩/٢ ، مسند عم أبي حُرّة الرقاشي ، حديث (١٥٦٧) .
الدارقطني ، **السنن** : ٢٦/٣ ، كتاب البيوع ، الحديث (٩٢) ، (٩٣) .
البيهقي ، **السنن الكبرى** : ١٠٠/٦ ، كتاب الغصب ، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً .
قال الهيثمي : " وأبو حرة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين " [**مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** : ١٧٥/٤]

وقوله ﷺ : ((لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسِهِ)) وَذَلِكَ لِشِدَّةِ مَا حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ [١] .

وقوله ﷺ : ((إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ)) [٢] .

والأحاديث في هذا المعنى كثيرة ، وكلها تدل على تحريم مال المسلم إلا بطيبة من نفسه وإن قل ، وأن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه : إما على سبيل التجارة والتبادل ، أو على سبيل المنحة والتنازل ، عن طيب نفس واختيار ، والإجماع واقع على ذلك [٣] .

ورغم أن الأصل في إنشاء العقود الرضا والاختيار إلا أنه مع هذا فقد أجاز الفقهاء إجراء بعض العقود جبرا في صور متعددة عندما تدعو الضرورة ؛ وذلك لأسباب مبناها قائم على قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق ، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدين ، وبيع الأموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر

---

(١) رواه الإمام أحمد ، وابن حبان من حديث أبي حميد الساعدي .

أحمد ، **المسند** : ٩/١٥٤ ، مسند أبي حميد الساعدي (٧٣٨) ، حديث (٢٣٦٦٦) .

ابن حبان ، **الصحيح** : ٧/٥٨٧ ، كتاب الجنايات ، ذكر الخبر الدال على قوله صلى الله عليه وسلم إن أموالكم حرام عليكم أراد به بعض الأموال لا الكل ، حديث (٥٩٤٦) .

البيهقي ، **السنن الكبرى** : ٦/١٠٠ ، كتاب الغصب ، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً .

الطحاوي ، **مشكل الآثار**: ٤/٤١ — ٤٢ .

قال الهيثمي : رواه أحمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح . وصححه الألباني وذكر له شواهد .

[انظر : الهيثمي / **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** : ٤/١٧٤ ؛ الألباني / **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** : ٥/٢٧٩-٢٨٠].

(٢) رواه ابن ماجة .

وفي الزوائد : إسناده صحيح ، ورجاله موثقون . رواه ابن حبان في صحيحه .

ابن ماجه ، **السنن** : ٢/٧٣٧ ، كتاب التجارات (١٢) ، باب بيع الخيار (١٨) ، حديث (٢١٨٥) .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٤/١٧٩ ؛ الجصاص/ **أحكام القران** : ٢/١٧٢ ؛ الزنجاني / **تخريج الفروع على الأصول** : ١٤٣ ؛ ابن تيميه / **الفتاوى الكبرى** : ٣/٤١١ ؛ الصنعاني / **سبل السلام** : ٣/١١٥ .

احتكارها بالجماعة ، وكترع الملكية للمصلحة العامة ، كانتزاع ملكية عقار لبناء مسجد أو طريق أو جسر ونحوها [١] .

إنَّ جعل الشريعة الإسلامية الرضا أساسا دستوريا في كل عقد ، مزية انفردت بها الشريعة الإسلامية ، فلم تكن قبل الإسلامَ أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أنَّ مجرد التراضي يولد عقدا ملزما ، والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية ، حتى جاء الإسلام فجعل الرضا أساس إنشاء العقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين ، ولم يستثن إلا طائفة من العقود تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية نظرا لتعلقها بالغاية المقصودة من العقد ـــ كما تقدم ـــ [٢] .

المطلب الثاني ـــ موقف الفقهاء من قاعدة حريَّة العقود والشروط :

ويشتمل على خمسة فروع :

الفرع الأول . تمهيد عن القاعدة ، وذكر أقوال الفقهاء فيها :

إنَّ لكل عقد من العقود آثاراً تترتب عليه عند تمامه، وثبوت هذه الآثار يكون بحكم الشارع باتفاق الفقهاء ، فإرادة المتعاقدين هي التي تنشئ العقد ، ثم إن الشارع هو الذي يُرتِّب على كل عقد آثارا معينه .

ثم إنَّ كون العقود رضائية واختيارية لا يستلزم أن يكون للعاقد حرية اختيار الآثار والأحكام ؛ لأن الرضا والاختيار ينحصر في إيقاع الأسباب ، وإنشاء العقود ، أو عدم إيقاعها ، وعدم إنشائها ، أما الآثار والأحكام التي تنشأ عن العقد بعد وقوعه فتترتَّب من الشارع وحده .

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ١٢٩ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م: ١٢١٦) : ١٠/٢٤٤ ـــ ٢٤٥ ، حيدر / **درر الحكام شرح مجلة** (شرح م : ١٢١٦) : ١٠/٢٤٥ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** : ٢٤٨/٤ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٧٦/٢ ؛ الأنصاري / **شرح المنهج** : ١٨/٣ ؛ الجمل / **حاشية الجمل علي شرح المنهج** : ١٨/٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٤/٤ ؛ ابن القيم / **الطرق الحكمية في السياسة** : ٢٤٣ ـــ ٢٤٤ ، ٢٤٥ ـــ ٢٤٦ ، ٢٥٣ ، ٢٦٢ـــ ٢٦٣ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ١/ ٢٤٦ ـــ ٢٤٨ ؛ **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الرابعة ، العدد الرابع ، الجزء الثاني ، قرار رقم (٤) د ٨٨/٠٨/٤ بشأن انتزاع الملكية للمصلحة العامة : ١٧٩٧ . وانظر من هذا البحث الباب الثاني ، الفصل السادس :٣٦٥ .

(٢) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٤٦٣/١ـــ ٣٦٤ . وانظر من هذا البحث ، ص : ٥-٦ .

وفي ذلك يقول ابن تيميه : " إن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ، لم نثبته ابتداء" [١].

فإذا كانت الآثار المترتبة على كل عقد عينها الشارع وحددها فهل يملك العاقد تعديل هذه الآثار بالشروط التي يشترطها [٢] ؟ وهل يملك العاقد الحرية في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود دون تقييد بأنواع العقود المُسمَّاة التي أقرَّها التشريع ؟

إن الحديث عن حرية الاشتراط يرتبط بالحديث عن حرية التعاقد ؛ لأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد ، وقد اختلف الفقهاء في الأصل في العقود والشروط فيها ، والذي يمكن ضبطه في هذه القاعدة قولان :

القول الأول : إن الأصل في العقود والشروط الحظر ، إلا ما نصَّ الشرع على إجازته .

---

(١) **الفتاوى الكبرى** : ١ / ٣٣٥ . وانظر : ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٧١/٢ ـ ٧٢ ، ٦٨/٣ ؛ النسفي / **كشف الأسرار شرح المصنف على المنار** : ٤٧٤/١ ، ٤٥٩/٢ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٦١/٤ وما بعدها حيث تحدث عن أسباب المشروعات .

(٢) المقصود بحرية الشروط هنا الشروط الجعلية التي ترد على السنة المتعاقدين ، ولما كانت اللغة وثيقة الصلة باللسان فقد أطلق الشرط اللغوي على الشروط التي ترد على السنة المتعاقدين ، وهو عند القرافي : ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم . فهو سبب بالمعنى الاصطلاحي . فالعاقدان إذا اشترطا شرطا على أحدهما أو على كليهما فهما يلتزمان الوفاء به تنفيذا لأمر الله عز وجل : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ومن هنا كان الشرط اللغوي سبب بالمعنى الاصطلاحي ؛ لأنه يلزم من وجود الشرط اللغوي وجود المشروط ومن عدمه عدم المشروط .

وهو قسمان : الأول : شروط تتصل بوجود العقد ، فهي شروط مكملة للسبب كتعليق العقد على شرط ، والثاني : شروط تكمل المسبب ، وهي التي تقترن بالعقد فتزيد من التزاماته أو تقويها ، كالبيع بشرط أن يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن إذا استحق المبيع ، لأن هذا الشرط ثابت في المسبب وهو أثر العقد .

[انظر : القرافي / **الفروق** : ١ /٦٢ ؛ المكي/ **تهذيب الفروق والقواعد السنية** : ١/ ٥٩ ـ ٦٠ ؛ ابن القيم/ **إعلام الموقعين** : ٢٠٤/٣ ؛ أبا زهرة / **أصول الفقه** : ٦١ ـ ٦٢] .

وانظر من هذا البحث ، ص : ٥-٦ ، ش : ٤ .

وهذا قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول أبي حنيفة [(١)] والشافعي [(٢)] تنبني على هـذا ، وطائفة من أصحاب الإمام مالك [(٣)] ، وأحمد [(٤)] .

إلا أن أهل الظاهر لم يصحِّحوا عقدا ولا شرطا إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجمـاع ، بخلاف الحنفية والشافعية وطائفة من المالكية والحنابلة ، فإنَّهم وإن كان الأصـل في العقـود والشروط الحظر عندهم إلا أنهم استثنوا من هذه القاعدة وصحَّحوا عقودا وشـروطا كـلٌّ

(١) **النعمان بن ثابت بن زُوْطَى ، المشهور بأبي حنيفة (٨٠ ـ ١٥٠ هـ)** : أبو إسماعيل ، ينتسـب إلى تيـم بالولاء ، الفقيه المجتهد المحقق الإمام ، أحد أئمة المذاهب الأربعة ، قيل أصله من أبناء فـارس ، ولـد ونشـأ بالكوفة . كان يبيع الخز ويطلب العلم ، ثم انقطع للتدريس والإفتاء . كان قوي الحجـة . لـه (مسـند) في الحديث ، و (المخارج) في الفقه ، وتنسب إليه رسالة (الفقه الأكبر) و لم تصح النسبة ، ورسـالة (العـالم والمتعلم) . [انظر : ابن النديم / **الفهرست** : (٣٤٢) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣٦/٨)] .

(٢) **محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع ، الشافعي (١٥٠ ـ ٢٠٤ هـ)** : أبو عبد الله ، من بـني عبد المطلب . أحد أئمة المذاهب الأربعة ، وإليه ينتسب الشافعية . جمع إلى علم الفقه القراءات وعلم الأصـول والحديث واللغة والشعر . كان شديد الذكاء . نشر مذهبه بالعراق والحجاز ومصر وتوفي بها .
من تصانيفه : (الأم) في الفقه ، و(الرسالة) في أصول الفقه ، و(أحكام القرآن) ، و(اختلاف الحديـث) وغيرها . [انظر : ابن النديم / **الفهرست** : (٣٥٢-٣٥٤) ؛ الذهبي / **تذكرة الحفـاظ** : (٣٦١/١-٣٦٣) ؛ أبا يعلى / **طبقات الحنابلة** : (٢٨٠/١-٢٨٤) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢٦/٦-٢٧)] .

(٣) **مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو ، الأصبحي المدني (٩٣ – ١٧٥هـ)** : أبو عبد الله ، إمـام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السُّنة . طلب العلم وهو ابن بضع عشرة سـنة ، و تـأهل للفتيـا وجلس للإفادة ، وله إحدى وعشرون سنة بعد أن شهد له سبعون شيخاً أنه أهل لذلك ، وقصده طلبة العلـم من الآفاق . كان مشهوراً بالـتثبت والتحري ، لا يبالي أن يقول (لا أدري) اشتهر في فقهه بإتباع الكتـاب والسُّنة وعمل أهل المدينة . تعرض لمحنة ضُربَ فيها بالسياط . توفي بالمدينة .
من مصنفاته : (الموطأ) ، (تفسير غريب القرآن) ، وجمع فقهه في (المدونة) .
[انظر : الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٤٨/٨-١٣٥) ؛ مخلوف / **شجرة النور الزكية** : (٤٨-٥٥) ، ابـن خلكان / **وفيات الأعيان** : (١٣٥/٤-١٣٩) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (١٦٨/٨-١٦٩)] .

(٤) **أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله الشيباني (١٦٤ ـ ٢٤١هـ)** : أبـو عبد الله ، من بني ذهل بن شيبان الذين ينتمون إلى قبيلة بكر بن وائل . إمام المذهب الحنبلي ، وأحد أئمة الفقـه الأربعة . أصله من مرو . وقد كان في حداثته يختلف إلى مجلس القاضي أبو يوسف ، ثم ترك ذلك وأقبل علـى سماع الحديث ، فكان أول طلبه للحديث وأول سماعه من مشايخه في سنة سبع وثمانين ومائة ، وقد بلـغ مـن العمر ست عشرة سنة ، أُمتُحِنَ في أيام المأمون والمعتصم ليقول بخلق القرآن ، فأبى وأظهر الله على يده مذهـب أهل السُّنة والجماعة .
من مصنفاته : (المسند) وفيه ثلاثون ألف حديثاً ، و(العلل) ، و(المسائل) ، و(الأشـربة) ، و(فضـائل الصحابة) وغيرها . [انظر : ابن النديم / **الفهرست** : (٣٧٨-٣٧٩) ؛ ابـن كثـير / **البدايـة والنهايـة** : (٢٧٣/١٠-٢٨٨) ؛ أبا يعلى / **طبقات الحنابلة** : (٤/١-٢٠) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢٠٣/١)] .

حسب أصول مذهبه ، فهم يصححون عقودا وشروطا مع عدم ورود النص بها لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة ، وأيضا لأخذهم بالعرف [(١)] الذي فتح لهم بابا واسعا للاستثناء من قاعدة الحظر [(٢)] .

القول الثاني : إن الأصل في العقود والشروط : الجواز والصِحَّة ، ولا يحرم منها إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله .

وهذا قول جمهور الحنابلة ، وأصول الإمام أحمد تنبني على هذا القول ، وكذلك الإمام مالك ، إلا أن الإمام أحمد أكثر تصحيحا للشروط فهو أكثر الفقهاء الأربعة تصحيحا للشروط [(٣)] ، وعامة ما يصحِّحه من العقود والشروط يستدل عليه بدليل خاص من أثر أو قياس ، لكنه لا يجعل الحجة التي استدل بها المانعون في المنع من التوسع في هذه القاعدة مانعا من الصحة ، ولا يعارض ذلك بكونه مخالفا لمقتضى العقد ، أو لم يرد به نص [(٤)] .

هذا وقد انفرد الإمام أحمد عن غيره من الأئمة بإباحة عقود وشروط استنادا على ما صحَّ عنده مما بلغه من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ، فقال به وبمعناه وقياسا عليه .

---

(١) العُرف لغة : هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة . ثم استعمل لغة بمعنى الشيء المعروف المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول . وعليه قوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [سورة الأعراف : آية ١٩٩] .

واصطلاحا هو : ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول من قول أو فعل أو ترك .

ويسمى أيضا بالعادة على رأي كثير من الفقهاء ، فكل ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك يسمى عرفاً .

[انظر (م : عَرَفَ) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٩/٢٣٩ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٢/٥٩٥ ؛ الأصفهاني / **المفردات في غريب القرآن** : ٣٣١ ؛ ابن عابدين / **مجموعة رسائل ابن عابدين** : ٢/١١٢ ؛ القرافي / **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول** : ٤٤٨] .

(٢) انظر : ابن حزم / **الإحكام في أصول الأحكام** : ٥ / ١٤، ١٥ ؛ ابن حزم / **المحلى** : ٧/٣١٩ وما بعدها ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/١٦٨ وما بعدها ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/٤٤٢ -٤٥٢ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المختار على الدر المختار** : ٥/٨٥ -٨٨ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٢٠ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣/٤٠٥-٤٠٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/٣٢-٣٥ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٦/٣٨١-٣٨٣ ؛ النووي / **المجموع** : ٩/٣٦٤-٣٦٩ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٥٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢/٢٣٩-٢٤٠ ؛ ابن تيميه / **الفتاوى الكبرى** : ٣ /٤٧٠؛ ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ١٢٨.

(٣) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٢٠ ؛ التاودي / **حلي المعاصم** : ٢/٨ ؛ ابن تيميه / **الفتاوى الكبرى** : ٣ /٤٧٤ ؛ ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ١٣١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٣٠٨ .

(٤) انظر : ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ١٣١ .

وأيضا فإن الحنابلة يصحِّحون من الشروط ما لا يصح عند غيرهم من الفقهاء استنادا على عمومات الكتاب والسنة [١] .

الفرع الثاني ـ سبب اختلاف الفقهاء :

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في الأصل في حرية العقود والشروط إلى التعارض الظاهر في الأحاديث الواردة في هذا الباب وهي :

أولا ــ عَنْ جَابِرٍ [٢] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا فَمَرَّ النَّبِيُّ ﷺ فَضَرَبَهُ فَدَعَا لَهُ فَسَارَ بِسَيْرٍ لَيْسَ يَسِيرُ مِثْلَهُ ، ثُمَّ قَالَ : بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ [٣] . قُلْتُ : لا . ثُمَّ قَالَ : بِعْنِيهِ بِوَقِيَّةٍ . فَبِعْتُهُ فَاسْتَثْنَيْتُ حُمْلانَهُ إِلَى أَهْلِي . فَلَمَّا قَدِمْنَا أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ وَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ ثُمَّ انْصَرَفْتُ فَأَرْسَلَ عَلَى إِثْرِي ، قَالَ : مَا كُنْتُ لآخُذَ جَمَلَكَ فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ فَهُوَ مَالُكَ)) [٤] .

ثانيا ــ حديث بريرة [٥] أن رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قال ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ

---

(١) انظر : ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ١٣١ .ويأتي ذكرها في الأدلة ، ص : ٢١-٢٤ .

(٢) **جَابر بن عبد الله بن عَمْرو بن حَرَام الأنصاري ، ثم السَّلَمي (١٦ق هـ — ٧٨هـ):** أبو عبد الله ، صحابي ابن صحابي ، شهد بيعة العقبة الثانية مع أبيه ، وغزا مع النبيﷺ تسع عشرة غزوة . وهو أحد المكثرين من الرواية عن الرسول ﷺ ، روى له البخاري ومسلم وغيرهما أربعين وخمسمائة وألف حديثاً . كانت له في أواخر أيامه حلقة بالمسجد النبوي يؤخذ فيها العلم . كف بصره قبل موته بالمدينة . [انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٢١٣/١) ؛ ابن عبد البر / **الاستيعاب في أسماء الأصحاب** : (٢٢١/١-٢٢٢) ؛ ابن حجر / **الإصابة** : (٣٠٧/١-٣٠٨)، الزركلي / **الأعلام** : (١٠٤/٢) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (١٣٦)]

(٣) الأوقية عبارة عن أربعين درهما من فضة . [ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٨٠/١] .

(٤) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٦٥٦/٥ ، كتاب الشروط (٥٤) ، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز (٤) ، الحديث (٢٧١٨).

قال ابن حجر معلقا على عنوان الباب : " هكذا جزم بهذا الحكم لصحَّة دليله عنده ، وهو مما اختلف فيه وفيما يشبهه كاشتراط سكنى الدار وخدمة العبد " [**فتح الباري** : ٦٥٧/٥] .

مسلم ، **الصحيح** : ١٢٢١/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب بيع البعير واستثناء ركوبه (٢١) ، الحديث (١٠٩/٧١٥) .

(٥) **بَريرة ، مولاة عائشة** : صحابية مشهورة ، كانت تخدم عائشة رضي الله عنها قبل أن تشتريها وتعتقها ، وفي شأنها جاء الحديث في الصحيحين بأن الولاء لمن أعتق . عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية .

[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٢٥١/٤-٢٥٢) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٣٩/٦) ؛ ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٤٣٢/١٢) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٧٤٤)] .

اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ)) [١] .

ثالثا — عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رضي الله عنه قَالَ : ((نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ [٢] وَالْمُزَابَنَةِ [٣] وَالْمُعَاوَمَةِ [٤] وَالْمُخَابَرَةِ [٥]. قَالَ أَحَدُهُمَا : بَيْعُ السِّنِينَ هِيَ الْمُعَاوَمَةُ ، وَعَنِ الثُّنْيَا [٦] وَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا)) [٧] .

---

(١) هذا الحديث متفق على صحته. واللفظ للبخاري .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١١٦/٥—١١٧، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل (٧٣) ، الحديث (٢١٦٨).

مسلم ، **الصحيح** : ١١٤٢/٢ — ١١٤٣ ، كتاب العتق (٢٠) ، باب إنما الولاء لمن أعتق (٢) ، الحديث (١٥٠٤/٦) (١٥٠٤/٨) .

(٢) المحاقلة هي : بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صافية مثل كيلها تقديرا ، وذلك بأن يقدر محصول الحقل بمقدار مائة صاع مثلا بطريق الظن ، فيبيعه بقدره من القمح الصافي . واتفق الفقهاء على فساد هذا النوع من البيع .
[انظر : النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٨٨/١٠ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٢] .

(٣) المزابنة هي : بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ مثل كيله تقديرا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا . وسمي هذا العقد مزابنة ؛ لأنهم يتدافعون في مخاصمتهم بسببه لكثرة الغرر والخطر . واتفق الفقهاء على فساد هذا النوع من البيع
[انظر : النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٨٧/١٠ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٢] .

(٤) بيع المعاومة هو : أن يبيع ثمرة الشجرة عامين أو ثلاثة أو أكثر ، فيسمى بيع المعاومة وبيع السنين ، وهو باطل بالإجماع ، نقل الإجماع فيه ابن المنذر وغيره . [انظر : النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٩٣/١٠ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٢] .

(٥) المخابرة هي : " المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع كالثلث والربع وغير ذلك من الأجزاء المعلومة " ، وهو من البيوع المنهي عنها بنص الحديث . [النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٩٣/١٠] .

(٦) الثنيا هي : أن يُستثنى في عقد البيع شيء مجهول فيفسد . وقيل هو أن يباع شيء جزافا فلا يجوز أن يستثنى منه شيء قل أو كثر . [ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٢٢٤/١] .

(٧) العرايا هي : أن يقدر ما على النخل من رطب ، فيقول : هذا الرطب الذي عليها إذا يبس تجيء منه ثلاثة أوسق من التمر مثلا ، فيبيعه صاحبه لإنسان بثلاثة أوسق تمر ، ويتقابضان في المجلس ، فيسلم المشتري التمر ويسلم بائع الرطب الرطب بالتخلية . واختلف الفقهاء في جواز العرايا ، ونقل ابن المنذر الإجماع على جواز العرايا ، ولتفصيل القول في ذلك : [انظر : النووي / **شرح صحيح مسلم** : ١٨٨/١٠ — ١٨٩ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٤١٥/٦ — ٤١٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤١٥/٦ — ٤١٦ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٦٣/٢ — ١٦٥ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٣ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج وحاشية القليوبي عليه** : ٢٣٨/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٥٨/٣ — ٢٦٠] .

الحديث رواه مسلم .

مسلم ، **الصحيح** : ٣/ ١١٧٥ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة (١٦) ، الحديث (١٥٣٦/٨٥) .

وأيضا في هذا الباب ما رواه أبو حنيفة أن رسول الله ﷺ ((نهى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ)) [(١)] .

فاختلف الفقهاء للتعارض الظاهر في الأحاديث في بيع وشرط ، فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا ، ومن أجازهما أخذ بحديث جابر رضي الله عنه الذي ذكر فيه البيع والشرط ، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة رضي الله عنها [(٢)]. ومن لم يجز الشرطين وأجاز الشرط أخذ بما رواه عَبْدَ اللّهِ ابْنَ عَمْرٍو [(٣)] أَنَّ رَسُولَ اللّهِ ﷺ قَالَ : ((لاَ يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلاَ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ولاَ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)) [(٤)] .

---

(١) عزاه للطبراني في الأوسط الهيثمي في **مجمع الزوائد** : ٨٨/٤ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الصفقتين في صفقة أو الشرط في البيع .

الخطابي ، **معالم السنن** : ٧٧٤/٣، كتاب البيوع (١٧)، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) .

ابن حزم / **المحلى** : ٣٢٤/٧ — ٣٢٥ ، كتاب البيوع ، مسألة (١٤٤٧) .

الزيلعي / **نصب الراية** : ١٧/٤ — ١٨ .

قال ابن قدامة : " إن هذا الحديث لم يصح وليس له أصل ، وقد أنكره الإمام أحمد ، ولا نعرفه مرويا في مسند ولا يعول عليه " . وقال ابن تيميه : " وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث . وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء . وذكروا أنه لا يعرف ، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه "

[**المغني على مختصر الخرقي** : ٣٠٨/٤ ؛ **القواعد النورانية** : ١٣١] .

(٢) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٠/٢.

(٣) **عَبْدُ اللّه بن عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سعيد بن سهم السهمي (— ٦٧هـ)**: أبو محمد ، وقيل أبو عبد الرحمن ، أسلم قبل أبيه ، وكان فاضلا عالما قرأ القرآن والكتب المتقدمة ، واستأذن النبي ﷺ في أن يكتب عنه فأذن له . شهد مع أبيه فتح الشام ، وكانت معه راية أبيه يوم اليرموك ، وشهد معه أيضا صفين روى عن النبي ﷺ كثيرا وعن عمر وأبي الدرداء ومعاذ وابن عوف وعن والده ، وروى عنه من الصحابة ابن عمر وأبو أمامة والمسور والسائب بن يزيد وأبو الطفيل وعدد كثير من التابعين .

[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : ٢٤٥/٣-٢٤٧ ؛ ابن حجر / **الإصابة** : ٣٥١/٢-٣٥٢ ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : ٣١٥] .

(٤) رواه الترمذي ، والنسائي ، وأبو داود ، وأحمد .

قَالَ أَبُو عِيسَى : وَهَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .

الترمذي ، **السنن** : ٥٣٥/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، حديث (١٢٣٤) .

النسائي ، **السنن** : ٢٩٥/٧ ، كتاب البيوع ، باب سلف وبيع . وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفا.

أبو داود ، **السنن** : ٧٦٩/٣ ، كتاب البيوع والإجارات (١٧) ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) ، حديث (٣٥٠٤) .

أحمد ، **المسند** : ٥٩٥/٢ ، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ، حديث (٦٦٨٣) .

وأيضا يرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى معارضة العموم للخصوص [١] . أما العموم فهو حديث عائشة [٢] أن رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قال ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ)) [٣] .

وأما الخصوص فحديث : ((أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)) [٤].

والحديثان صحيحان خرَّجهما البخاري ومسلم [٥] ، والمشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم ، وهو لزوم الشروط [٦] .

الفرع الثالث ـ الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما نص الشرع على إجازته بالكتاب والسنة ، كما يلي :

---

(١) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/ ٤٤ — ٤٥ .

(٢) **عائشة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن عثمان (٩ ق هـ —٥٨هـ)** : أم المؤمنين ، زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، وأفقه نساء المسلمين . كُنِّيت بأم عبد الله ، وكان أكابر الصحابة يراجعونها في أمور الدين .
[انظر : ابن حجر / **الإصابة في تمييز الصحابة** : (٣٥٩/٤) ؛ ابن عبد البر / **الاستيعاب** : (٣٥٦/٤)]

(٣) سبق تخريجه ، ص : ١٦ .

(٤) متفق عليه . واللفظ للبخاري .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٦٦٧/٥ ، كتاب الشروط (٥٤) ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح (٦) ، الحديث (٢٧٢١) .
وانظر المرجع السابق : ٢٧٢/١٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، باب الشروط في النكاح (٥٣) ، الحديث (٥١٥١) .
مسلم ، **الصحيح** : ١٠٣٥/٢ — ١٠٣٦ ، كتاب النكاح (١٦) ، باب الوفاء بالشروط في النكاح (٨) حديث (١٤١٨/٦٣) .

(٥) **مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (٢٠٤— ٢٦١ هـ)** : من أئمة المحدثين ، ولد بنيسابور رحل إلى الشام ومصر والعراق في طلب الحديث . أخذ عن الإمام أحمد بن حنبل وطبقته ، ولازم البخاري وحذا حذوه . أشهر كتبه (صحيح مسلم) جمع فيه (١٢٠٠٠) اثنى عشر ألف حديث انتخبها من (٣٠٠٠٠٠) ثلاثمائة ألف حديث مسموع . وصحيحه يلي صحيح البخاري من حيث الصحة .
من تصانيفه : (المسند الكبير) مرتب على الرجال ، و(كتاب العلل) ، و(سؤالات أحمد) ، و(أوهام المحدثين) . [انظر : الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٥٥٧/١٢-٥٨٠) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢٢١/٧-٢٢٢)] .

(٦) ابن رشد / **بداية المجتهد** (بتصرف) : ٢/ ٤٥ .

أولا . من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾ (١) .

وقال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (٢).

وقال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا﴾ (٣) .

وجه الدلالة من الآيات :

تدل هذه الآيات على إبطال كل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به ، أو النص على إباحته ؛ لأن العقود والعهود والوعود شروطٌ واسم الشرط يقع عليها . وقد ورد الأمر فيها باجتناب نواهي الله تعالى ومعاصيه ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل والباطل محرم ، فلا يحل الوفاء به (٤).

ثانيا . من السنة :

١- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)) (٥) .

وجه الدلالة من الحديث :

دلَّ الحديث على بطلان كل شرط أو عقد لم يشرع بنص أو إجماع ؛ لأن تعاقد الناس أو اشتراطهم بما لم يرد في الشريعة فيه تحليل أو تحريم غير ما شرع الله ، وليس هذا لأحد من

(١) سورة المائدة : آية ٣ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٣) سورة النساء : آية ١٤ .

(٤) انظر : ابن حزم / **الإحكام في أصول الأحكام** : ١٥/٥ ؛ ابن حزم / **المحلى** : ٣٢٢/٧ .

(٥) رواه البخاري ومسلم .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٨٩/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، بَاب النَّجْشِ وَمَنْ قَالَ لا يَجُوزُ ذَلِكَ الْبَيْعُ (٦٠) وَقَالَ ابْنُ أَبِي أَوْفَى : ((النَّاجِشُ آكِلُ رِبًا خَائِنٌ)) . وَهُوَ خِدَاعٌ بَاطِلٌ لَا يَحِلُّ . قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ((الْخَدِيعَةُ فِي النَّارِ وَمَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)) .

وَ : ٢٥٥/١٥ ، كتاب الاعتصام بالكتاب (٩٦) ، بَاب إِذَا اجْتَهَدَ الْعَامِلُ أَوِ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ خِلَافَ الرَّسُولِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ فَحُكْمُهُ مَرْدُودٌ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : ((مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)) (٢٠) .

مسلم ، **الصحيح** : ١٣٤٣/٣ — ١٣٤٤ ، كتاب الأقضية (٣٠) ، باب نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور (٨) ، حديث(١٧١٨) .

البشر ، فصحَّ بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه ، إلا ما ورد النص أو الإجماع بإباحته [١] .

٢- وقال ﷺ : ((مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ)) [٢] .

وجه الدلالة من الحديث :

هذا الحديث صريح الدلالة على بطلان كل الشروط إلاَّ ما ورد في كتاب الله أو السنة الصحيحة أو ثبت بإجماع المسلمين [٣] .

يقول ابن حزم [٤] " فهذا الأثر كالشمس صحة وبيانا يرفع الإشكال " [٥] وذكر أيضا أن هذا الخبر محمول على ظاهره دون زيادة أو تحريف للفظ ، وفسَّر الحديث بأن اشتراط البائع الولاء لنفسه مباحا بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : (وَدَعِيهِمْ يَشْتَرِطُوا مَا شَاؤُوا) فدلَّ هذا على أن ما شرطوه كان مباحا ؛ لأنه ﷺ لا يبيح الباطل ولا يغر أحدا. ثم نسخ الله عز وجل هذا الشرط وأبطله بدليل خطبة النبي ﷺ ، وبذلك حَرَّم أن يشترط هذا الشرط أو غيره ، إلا ما ورد به نص أو إجماع [٦].

---

(١) انظر : ابن حزم / **الإحكام في أصول الأحكام** : ٥/ ٨ ، ١٥ ، ٣١ .

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ١٦ .

(٣) انظر : ابن حزم / **الإحكام في أصول الأحكام** : ١٥/٥ ؛ ابن حزم / **المحلى** : ٣٢١/٧ .

(٤) **علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي اليزيدي (٣٨٤ — ٤٥٦ هـ)** : أبو محمد ، كان شافعي المذهب ، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر ، فقيه ، أديب ،أصولي ، محدث ، حافظ ، متكلم . عالم الأندلس في عصره . أصله من فارس . كان يستنبط الأحكام من الكتاب والسُّنة على طريقة أهل الظاهر ، بعيداً عن المصانعة حتى شُبِّه لسانه بسيف الحجاج . انتقد كثيراً من الفقهاء والعلماء فحذر هؤلاء أرباب الحل والعقد من فتنته ، فأُقصي وطورد حتى توفي مبعداً عن بلده .

من تصانيفه : (المحلى) في الفقه ، و(الإحكام في أصول الأحكام) في أصول الفقه ، و(طوق الحمامة) في الأدب ، و(الفصل في الملل والأهواء والنحل) . [انظر : الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (١٨/١٨٤-٢١٢) ؛ ابن خلكان / **وفيات الأعيان** : (٣/٣٢٥-٣٣٠) ؛ ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٣/٢٩٩-٣٠٠) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٧/١٦) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٤/٢٥٤-٢٥٥)] .

(٥) المحلى : ٣٢٠/٧ .

(٦) انظر : **المرجع السابق** : ٣٢٧/٧ .

أدلة القول الثاني :

استدلَّ القائلون بأن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله بالكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي ، وقد تولى شيخ الإسلام وابن القيم [١] ـــ رحمهما الله ـــ ذِكْرَ الأدلة مستوفاة مع الرد على المخالفين وبيان فساد مذهبهم [٢]، وبيان ذلك كما يلي :

أولا . من الكتاب :

١- قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [٣] .

وجه الدلالة من الآية :

أمر الله بالوفاء بالعقود والعهود كلها ، جاء في جامع البيان في بيان معنى قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ : " يعني : أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم ، والعقود التي عاقدتموها إياه ، وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقا ، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضا ، فأتِمُّوها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله ، بما ألزمكم بها ، ولمن عاقدتموه منكم بما أوجبتموه له بها على أنفسكم ، ولا تنكثوها فتنقضوها بعد توكيدها " [٤].

---

(١) **محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي ، المعروف بابن القيِّم الجَوْزِيـة الحنبلي (٦٩١ — ٧٥١ هـ)** : شمس الدين ، من كبار فقهاء الحنابلة ، مجتهد ، ومفسر ، ونحوي ، وأصولي متكلم .سمع على التقي سليمان ، وأبي بكر بن عبد الدائم ، والمطعم ، وابن الشيرازي ، وإسماعيل بن مكتوم . وقرأ العربية على ابن الفتح ، والمجد التونسي ، وقرأ الفقه على المجد الحراني ، وابن تيمية ، ودرس بالجوزية ، وكان لأبيه في الفرائض يد فأخذها عنه ، وقرأ في الأصول على الصفي الهندي وابن تيمية .

كان جريء الجنان ، واسع العلم ، عارفاً بالخلاف ومذاهب السلف . غلب عليه حب ابن تيمية وانتصر له ولم يخرج عن شيء من أقواله ، وقد سجن معه بدمشق . كتب بخطه كثيراً ، وألف كثيراً .

من مصنفاته : (إعلام الموقعين) ، و(الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) ، و(أحكام أهل الذمة) و(مدارج السالكين) ، و(الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة) ، و(الكافية الشافية) ، و(التبيان في أقسام القرآن) ، و(التفسير القيم) .

[انظر : ابن حجر /**الدرر الكامنة** : (٣/٢٤٣-٢٤٤) ؛ ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٦/١٦٨-١٧٠) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٦/٥٦)] .

(٢) لمزيد من التفصيل انظر : ابن تيميه / **الفتاوى الكبرى** : ٣/٤٧٧ ؛ ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ١٣٣ .

(٣) سورة المائدة : آية ١ .

(٤) الطبري : ٦/٤٦ .

٢- وقال تعالى : ﴿ وَبِعَهْدِ اللهِ أَوْفُواْ ﴾[١].

٣- وقال تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً ﴾[٢] .

وجه الدلالة من الآيتين :

جاء الآمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد ، ويدخل فيه ما عقده المرء على نفسه ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللهَ مِن قَبْلُ لاَ يُوَلُّونَ الأَدْبَارَ وَكَانَ عَهْدُ اللهِ مَسْئُولاً ﴾[٣] . " فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه ، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد "[٤] .

٤- وقال تعالى : ﴿ وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلاَّ الْفَاسِقِينَ الَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الأَرْضِ أُولَٰئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ ﴾[٥].

٥- وقال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَلاَ يَنقُضُونَ الْمِيثَاقَ وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ وَالَّذِينَ صَبَرُوا ابْتِغَاءَ وَجْهِ رَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلاَةَ وَأَنفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرّاً وَعَلاَنِيَةً وَيَدْرَءُونَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ أُولَٰئِكَ لَهُمْ عُقْبَى الدَّارِ جَنَّاتُ عَدْنٍ يَدْخُلُونَهَا وَمَن صَلَحَ مِنْ آبَائِهِمْ وَأَزْوَاجِهِمْ وَذُرِّيَّاتِهِمْ وَالْمَلاَئِكَةُ يَدْخُلُونَ عَلَيْهِم مِن كُلِّ بَابٍ سَلاَمٌ عَلَيْكُم بِمَا صَبَرْتُمْ فَنِعْمَ عُقْبَى الدَّارِ وَالَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الأَرْضِ أُولَٰئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ ﴾[٦] .

وجه الدلالة من الآيات :

جاء في الآيات الكريمة الأمر بالوفاء بالعهود والشروط ، والمواثيق ، والعقود ، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك ، وتبشير الموفين بالعهد بالنصرة في الدنيا والآخرة ، وورد الأمر فيها بالنهي عن الخيانة ونقضِ العهود وذمّ من فعل ذلك والتشديد عليه ، ولو كان الأصل في

---

(١) سورة الأنعام : آية ١٥٢ .

(٢) سورة الإسراء : آية ٣٤ .

(٣) سورة الأحزاب : آية ١٥ .

(٤) **القواعد النورانية : ١٣٣ ؛ الفتاوى الكبرى : ٣/ ٤٧٧** .

(٥) سورة البقرة : ٢٦ — ٢٧ .

(٦) سورة الرعد : ٢٠ — ٢٥ .

العقود الحظر والفساد إلا ما أباحه الشارع وأوجبه لما ورد الأمر بها مطلقا وذم من نقضها والتشديد عليه .

فعلم من هذا أن الأصل في العقود والشروط الإباحة لا الحظر [(١)] .

يقول شيخ الإسلام : " وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به : علم أن الأصل صحة العقود والشروط ، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره ، وحصل به مقصوده . ومقصود العقد : هو الوفاء به ، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود ، دلّ على أن الأصل فيها الصحة والإباحة " [(٢)].

ثانيا ـ من السنة :

١- عَنِ النَّبيِّ ﷺ قَالَ : ((أَرْبَعٌ مَنْ كُنَّ فِيهِ كَانَ مُنَافِقًا ، أَوْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِنَ النِّفَاقِ حَتَّى يَدَعَهَا ، إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ)) [(٣)] .

٢- عن ابْنِ عُمَرَ [(٤)] قَالَ : إِنِّي سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ : ((يُنْصَبُ لِكُلِّ غَادِرٍ لِوَاءٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)) [(٥)] .

(١) انظر : ابن تيميه / **الفتاوى الكبرى** :٤٧٧/٣ .

(٢) **القواعد النورانية** : ١٣٧ .

(٣) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣٩٨/٥ ، كتاب المظالم (٤٦) ، بالب إذا خاصم فجر (١٧) ، حديث (٢٤٥٩) .

مسلم ، **الصحيح** : ٧٨/١ ، كتاب الإيمان (١) ، باب بيان خصال المنافق (٢٥) ، حديث (١٠٦/ ٥٨) .

(٤) **عَبْدُ اللّه بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدويّ ، المعروف بابن عمر (١٠ق هـ ـ٧٣هـ)** : أبو عبد الرحمن ، صحابي جليل ، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، نشأ في الإسلام ، وهاجر مع أبيه إلى الله و رسوله . استُصغِر يوم أحد و هو ابن أربع عشرة سنة . شهد الخندق وما بعدها ، أفتى الناس ستين سنة . شهد فتح أفريقية . كف بصره آخر حياته . توفي بمكة سنة، وهو أحد المكثرين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . [انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٢٣٦/٣-٢٤١) ؛ابن حجر / **الإصابة في تميز الصحابة** : (٣٤٧/٢-٣٥٠) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (١٠٨/٤)] .

(٥) جزء من حديث ، رواه البخاري ومسلم بألفاظ متقاربة ، واللفظ للبخاري .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥٧٣/١٤ ، كتاب الفتن (٩٢) باب إذا قال عند قوم شيئا ثم خرج فقال بخلافه (٢٢) ، حديث (٧١١١) .

مسلم ، **الصحيح** : ١٣٥٩/٣ ، كتاب الجهاد والسير (٣٢) ، باب تحريم الغرر (٤) ، حديث (١٧٥٣/٩) .

٣- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : ((قَالَ اللَّهُ : ثَلاَثَةٌ أَنا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ)) [١] .

٤- كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا أَمَّرَ أَمِيرًا عَلَى جَيْشٍ أَوْ سَرِيَّةٍ أَوْصَاهُ فِي خَاصَّتِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ وَمَنْ مَعَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ خَيْرًا ثُمَّ قَالَ : ((اغْزُوا بِاسْمِ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ قَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ اغْزُوا وَلا تَغُلُّوا وَلَا تَغْدِرُوا وَلا تَمْثُلُوا وَلا تَقْتُلُوا وَلِيدًا وَإِذَا لَقِيتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَادْعُهُمْ إِلَى ثَلاثِ خِصَالٍ أَوْ خِلالٍ فَأَيَّتُهُنَّ مَا أَجَابُوكَ فَاقْبَلْ مِنْهُمْ وَكُفَّ عَنْهُمْ ... الحديث)) [٢] .

وجه الدلالة من الأحاديث :

دلت الأحاديث على ذم الغدر والنهي عنه والتنفير منه وكل من شرط شرطا ثم نقضه فقد غدر [٣] .

يقول ابن القيم : " وإذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط ؟ بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر " [٤] .

وإذن فقد دلَّتِ الأدلةُ الشرعية العامة من الكتاب والسنة على حل العقود والشروط جملة ، إلا ما استثناه الشارع .

ثالثا . الإجماع :

انعقد إجماع الفقهاء — فيما يعلم — على صحة عقود المسلمين إذا تعاقدوا عقودا و لم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها ، وإن كان العاقد لا يعلم حين العقد تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد . و لم يُقيِّد أحداً صحة العقد بلزوم كون العاقد يعتقد أن الشارع أحله ، وفي ذلك

---

(١) رواه البخاري .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٦٨/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إثم من باع حرا (١٠٦) ، حديث (٢٢٢٧) .

(٢) جزء من حديث رواه مسلم .

مسلم ، **الصحيح** : ١٣٥٦/٣ — ١٣٥٨ ، كتاب الجهاد والسير (٣٢) ، بَاب تَأْمِيرِ الْإِمَامِ الْأُمَرَاءَ عَلَى الْبُعُوثِ وَوَصِيَّتِهِ إِيَّاهُمْ بِآدَابِ الْغَزْوِ وَغَيْرِهَا (٢) ، حديث : (١٧٣١/٢) .

(٣) ابن تيمية / **الفتاوى الكبرى** : ٤٨٠/٣ ؛ ابن تيمية / **القواعد النورانية** : ١٣٦ .

(٤) **إعلام الموقعين** : ٣٠٣/٣ .

دلالة على أن إذن الشارع الخاص لا يشترط في صحة العقود ؛ لأنه لو كان شرطا لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه ، وهذا ممنوع بما تقدم .

وإذا فلم يبق إلا القول بحلها ، وهو المراد [١].

رابعا ـ الاعتبار :

أما الاعتبار فالاستدلال به من وجوه :

الأول : الاستصحاب العقلي وانتفاء دليل التحريم :

ذلك أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها الإباحة ، فيستصحب عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم . وإذا انتفى التحريم لم تكن فاسدة ؛ لأن منشأ الفساد من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة .

ومن الثابت أيضا أنه لم يرد في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط ، إلا ما ثبت تحريمه بعينه ، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .

فثبت بالاستصحاب العقلي ، وانتفاء الدليل الشرعي أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفواً كالأعيان التي لم تحرم [٢].

الثاني ـ أن الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر :

فالشروط في حق المكلفين كالنذور في حق رب العالمين ، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر ، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله ، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر فمقاطع الحقوق عند الشروط [٣] .

الفرع الرابع ـ المناقشة :

أولا ـ مناقشة أدلة القائلين بالحظر الظاهرية ومن وافقهم :

ناقش ابن تيميه وابن القيم ـ رحمهما الله ـ ما استدل به الظاهرية ومن وافقهم القائلين بالحظر بما يلي :

(١) انظر : ابن تيميه / القواعد النورانية : ١٤٣ .

(٢) انظر : المرجع السابق : ١٣٩ .

(٣) انظر : إعلام الموقعين : ٣/ ٣٠٢ .

أما قوله ﷺ ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ)) [١] . فالجواب عنه : بأن الشرط يراد به المصدر تارة ، والمفعول أخرى . وكذلك الوعد والخلف ، والمراد به هنا — والله أعلم — المشروط ، لا التكلم نفسه . ولهذا قالﷺ ((وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ)) أي : وإن كان قد شرط مائة شرط ، وليس المراد تعديد التكلم بالشرط . وإنما المراد تعديد الشروط . والدليل على ذلك قوله ﷺ ((قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ)) أي : كتاب الله أحق من هذه الشروط ، وشرط الله أوثق منه . وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه ، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى .

وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله ، فلم يخالف كتاب الله وشرطه ، حتى يقال ((قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ)) فيكون المعنى : من اشترط أمرا ليس في حكم الله ولا في كتابه ، بواسطة وبغير واسطة : فهو باطل ، لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط ، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط [٢].

وأيضا فإن النبي ﷺ لم يرد أن العقود والشروط التي لم يبحها الشارع تكون باطلة ، بمعنى أنه لا يلزم بها شيء ، لا إيجاب ولا تحريم ،فإن هذا خلاف الكتاب والسنة ، بل العقود والشروط المُحرَّمة قد يلزم بها أحكام فإن الله قد حَرَّم عقد الظهار في كتابه ووصفه بأنه ﴿ مُنكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً ﴾ [٣] ثم إنه أوجب به الكفارة على من عاد ، ومن لم يعد جعل في حقه مقصود التحريم من ترك الوطء أو ترك العقد . فالعقد المحرَّم لا يكون سببا للإباحة وقد يكون سببا لإيجاب أو تحريم .

والمخالفون في هذه القاعدة من أهل الظاهر ومن وافقهم يجعلون كل ما لم يؤذن فيه إذن خاص فهو عقد حرام ، وكل عقد حرام فوجوده كعدمه ، وكلتا المقدمتين ممنوعة ، كما تقدم [٤].

وأيضا فإن عمومات الكتاب والسنة والآثار من الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهود والشروط عموما ، وأن المقصود هو الوفاء بها . وعلى هذا التقدير ، فوجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة ، فإنه إذا وجب الوفاء بها لم تكن باطلة ، وإذا لم تكن باطلة

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ١٦ .

(٢) القواعد النورانية (بتصرف) : ١٤٣ .

(٣) سورة المجادلة : آية ٢ .

(٤) انظر : القواعد النورانية : ١٤٤ .

كانت مباحة وذلك لأن قوله ﷺ ((لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ)) إنما يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه . فإن دلّ كتاب الله على إباحته بعمومه ، فإنه في كتاب الله ، لأن قولنا : هذا في كتاب الله ، يعم ما هو فيه بالخصوص أو بالعموم .

والشرط الذي بيّنّا جوازه بسنة أو إجماع : صحيح بالاتفاق فيجب أن يكون في كتاب الله . وقد لا يكون في كتاب الله بخصوصه لكن في كتاب الله الأمر باتباع السنة واتباع سبيل المؤمنين ، فيكون في كتاب الله بهذا الاعتبار .

وقد يعترض على هذا الجواب بأنه إذا كان كتاب الله أوجب الوفاء بالشروط عموما ، فشرط الولاء داخل في العموم .

والجواب عنه : أن العموم إنما يدل عليه إذا لم ينفه دليل خاص ، وهذا المشروط قد نفاه النبي ﷺ بنهيه عن بيع الولاء وهبته [١].

ثانيا ـ مناقشة أدلة القائلين بالإباحة المالكية والحنابلة ومن وافقهم :

ناقش الظاهرية ومن وافقهم ما استدل به المالكية والحنابلة ومن وافقهم القائلين بالإباحة بما يلي :

١- أما استدلالهم بقوله تعالى ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [٢]، وقوله تعالى ﴿ وَبِعَهْدِ اللهِ أَوْفُواْ ﴾ [٣] . فالجواب عنه : بأنه لا خلاف في أن أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود ليس على عمومه ولا على ظاهره ، فقد جاء في القرآن الأمر باجتناب نواهي الله تعالى ومعاصيه ، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل والباطل محرم ، فلا يحل الوفاء به [٤].

وكذلك قوله تعالى ﴿ وَبِعَهْدِ اللهِ أَوْفُواْ ﴾ [٥] وعهد الله هو ما ورد فيه نص ، وكل عهد منهي عنه لا يحل الوفاء به لأنه ليس عهدا لله تعالى ، وقد نصَّ رسول الله ﷺ على بطلان كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ، والباطل منهي عنه ولا يحل الوفاء به [٦].

---

(١) المرجع السابق (بتصرف) : ١٤٤-١٤٥ .

(٢) سورة المائدة : آية ١ .

(٣) سورة الأنعام : آية ١٥٢ .

(٤) ابن حزم / المحلى (بتصرف) : ٣٢٢/٧ .

(٥) سورة الأنعام : آية ١٥٢ .

(٦) انظر : ابن حزم / المحلى : ٣٢٢/٧ .

ورد على هذا الاعتراض : بأنه لا وجه لتخصيص هذه الأدلة بما ذكر ؛ لأنه يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم ، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله .

وأيضا فإن المراد بكتاب الله في قوله ﷺ ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ)) (١) ، هو : حكم الله ، ومعلوم أن كل شرط خالف حكم الله يكون باطلا ، فإذا كان الله ورسوله قد حكم بأن الولاء للمعتق ، فشرْطُ خلاف ذلك يكون مخالفا لحكم الله ورسوله ، وليس في ذلك ما يدل على أن ما سكت عن تحريمه من العقود والشروط يكون باطلا حراما ، ولكنَّ تعدي الحدود يكون بتحريم ما أحله الله أو إباحة ما حرمه ، أو إسقاط ما أوجبه ، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه (٢) .

٢- أما قوله ﷺ : ((لاَ يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلاَ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ولاَ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)) (٣) والذي يأخذ به الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فيبطل البيع إذا كان فيه شرطان ، ويجيزه إذا كان فيه شرط واحد . فنوقش : بأن تحريم الشرطين في البيع ليس مبيحا للشرط الواحد ولا مُحرِّما له ، لكنه مسكوت عنه في هذا النص ، ومنصوص على حكمه في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ)) فوجب الأخذ بالحكم المنصوص عليه فبطل الشرط الواحد (٤) .

ويُجاب عن هذا بما تقدم في الجواب على الاعتراض الأول .

٣- أما حديث جابر فقد رواه ابن حزم من عدة طرق ثم قال : نحن نُسلمُ لهم أن جابر رضي الله عنه اشترط ظهر الجمل إلى المدينة ، ثم نقول لهم : إنه قد صحَّ أن رسول الله ﷺ قال : ((قد أخذته بأوقية)) ، وصح عنه قوله ﷺ : ((أتراني ماكستك لآخذ جملك ؟ مَا كُنْتُ لآخُذَ جَمَلَكَ فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ فَهُوَ مَالُكَ)) (٥) . فصح يقينا أنهما أخذان : أحدهما فعله رسول الله ﷺ والآخر لم يفعله ، بل انتفى عنه ، وظاهر الخبر أنه ﷺ أخذه وابتاعه ، ثم تَخيَّر قبل التفرق تركه . وصحَّ أنه ﷺ في حال المماكسة كان ذلك في نفسه ؛ لأنه ﷺ أخبره أنه لم يماكسه ليأخذ جمله .

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ١٦ .

(٢) انظر : ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ١/٢٦٢ .

(٣) تقدم تخريجه ، ص : ١٧ .

(٤) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ٧/٣٢٦ .

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ١٧ .

فصحَّ أن البيع لم يتم ، و لم يوجد في ألفاظ الخبر أصلا أن البيع تمّ بذلك الشرط ، وإنما مقتضى لفظ الأخبار إذا جمعت أن جابر ـ رضي الله عنه ـ اشترط ركوب جمل نفسه .

وأجاب الشافعي وأبو حنيفة عن حديث جابر " بأنها قضية عين تتطرق إليها احتمالات ، قالوا : ولأن النبي ﷺ أراد أن يعطيه الثمن و لم يُرِدْ حقيقة البيع ، قالوا : ويحتمل أن الشرط لم يكن في نفس العقد وإنما يضر الشرط إذا كان في نفس العقد ، ولعل الشرط كان سابقا فلم يؤثر ثم تَبرَّعﷺ بإركابه "[١] .

وبذلك بطل الاحتجاج بهذا الخبر في جواز بيع الدابة واستثناء ركوبها .

الفرع الخامس . في ذكر النتائج المستخلصة من القاعدة ، والترجيح :

أولا : ذكر النتائج المستخلصة من القاعدة :

في ختام هذه القاعدة أرى أنه من الجدير بالذكر عقد مقارنة بين المذاهب الفقهية أذكر من خلالها أوجه الشبه والاختلاف بين المذاهب ، وتعد هذه المقارنة بمثابة نتائج لهذه القاعدة أُوجِزُ من خلالها رأي كل مذهب بصورة شاملة ، كما يلي :

١ـ اتفق الفقهاء على أن من شَرَط في عقد من العقود ما يخالف حكم الله ورسوله فهو باطل . فمن شَرَط في بيع أو نكاح أو إجارة تحليل ما حرَّمه الله ورسوله أو إسقاط ما أوجبه الله ورسوله ، كان الشرط باطلا ؛ لقوله ﷺ ((اَلْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إلا شَرْطًا حَرَّمَ حَلالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا))[٢] .

---

(١) النووي / **شرح صحيح مسلم بشرح** : ١١/٣٠ ـ ٣١ .

(٢) جزء من حديث رواه الترمذي ، وابن ماجة ، من حديث عمرو بن عوف المزني .
قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ .
الترمذي ، **السنن** : ٣/٦٣٤ ـ ٦٣٥ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس (١٧) ، حديث (١٣٥٢) .
ابن ماجة ، **السنن** : ٢/٧٨٨ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب الصلح (٣٢) ، حديث (٢٣٥٣) .
قال ابن العربي : " قال الإمام الحافظ : قد روي من طرق عديدة ومقتضى القران وإجماع الأمة على لفظه ومعناه " [**عارضة الأحوذي** : ٦/١٠٣] .
وقال الشوكاني : " في إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف جدا " . وذكر أن الترمذي قد نوقش في تصحيح هذا الحديث . ثم قال ـ بعد أن ذكر طرق الحديث ـ : " ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض ، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا " . [**نيل الأوطار** : ٥/٢٨٧] . =

وأما ما كان مباحا أن يفعله الإنسان من غير الشرط ، فهل يلزم بالشرط ؟ هذا هو محل الخلاف [(١)] .

٢- الأصل في هذه القاعدة الحظر عند الحنفية ، إلا أنهم يعتمدون على الأدلة المثبتة لجواز العقود والشروط ، كإثباتهم أصل الاستحسان [(٢)]، والعرف الذي فتح لهم بابا واسعا للاستثناء من قاعدة الحظر ، وبهذه الأصول توسَّعوا في هذه القاعدة واقتربوا ممن توسَّع فيها .

ومن ذلك : جواز عقد الاستصناع [(٣)] مع أن القياس عدم جوازه ؛ لأنه بيع معدوم ، إلا أنه يجوز استحسانا لتعارف الناس عليه ولتعاملهم به على مر العصور من غير نكير [(٤)] ،

= وله شاهد من حديث أبي هريرة رواه أبو داود وأحمد والحاكم ، إلا أن الذهبي تعقبه بقوله : "لم يصححه وكثير ضعفه النسائي ومشاه غيره". [**التلخيص على المستدرك** : ٤٩/٢] .

أبو داود ، **السنن** : ١٩/٤ — ٢٠ ، كتاب الأقضية (١٨) ، باب في الصلح (١٢) ، حديث (٣٥٩٤) .

أحمد ، **المسند** : ٢٩٤/٣ ، مسند أبي هريرة (٢٩) ، حديث (٨٧٩٢) .

الحاكم ، **المستدرك** : ٤٩/٢ ، كتاب البيوع .

(١) انظر : ابن تيمية / **نظرية العقد** : ١٥ .

(٢) ومعناه : العدول بحكم المسألة عن نظائرها ، لدليل أقوى يقتضي العدول عن الدليل الأول المُثْبِت لحكم هذه النظائر . كالنص الدال على صحة بيع السلم ، والقياس الجلي يفيد عدم جوازه لكون المبيع معدوما حال العقد ، وكالإجماع الواقع على جواز الاستصناع ، فإن المعقود عليه الموصوف معدوم حال العقد ، فالقياس عدم جوازه ، غير أنه ترك للتعامل من غير نكير من أهل العلم ، وتقريرهم على ذلك إجماع عملي .

وهذا الأصل موضع خلاف بين الفقهاء فأخذ به الحنفية والمالكية والحنابلة ، وأنكره الشافعي .

انظر : أمير بادشاة / **تيسير التحرير** : ٧٨/٤ ؛ القرافي / **شرح تنقيح الفصول** : ٤٥١ — ٤٥٢ ؛ المشاط / **الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة** : ٢١٩ ؛ آل تيميه / **المسودة** : ٤٥١ ، ٤٥٣ — ٤٥٤.

(٣) الاستصناع هو : عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل . وصورته : أن يطلب المشتري من الصانع أن يصنع له سلعة معينة نظير عوض معين بخامات من عنده ويبين له نوع ما يعمل وقدره وصفته ، كما هو شائع في الوقت الحاضر مع النجاريين والخياطين وغيرهم من الصناع . وهو جائز بالإجماع لحاجة الناس إليه في كل زمان ومكان .

ويعد الاستصناع من العقود المسماة عند الحنفية ، فهو عقد مستقل له أحكامه وشروطه الخاصة . أما المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، فلم يجعلوا الاستصناع عقدا مستقلا ، و لم يعرفوه تعريفا مستقلا يبين له ماهية خاصة ، وإنما جعلوه قسم من أقسام السلم ، لا يصح إلاّ بشروطه . [انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢/٥ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٢٢٣/٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٢٤) : ٩٩/١ ، (م : ٣٨٨) : ٣٥٨/١ — ٣٥٩ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢١٥/٣؛ الشافعي / **الأم** (باب السلف في الشيء المصلح لغيره): ٣/ ١٣٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٣٩/٤ وما بعدها] .

(٤) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢/٥ — ٣ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٥٢/٦ .

والحديث ((فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ)) [(١)] .

٣- الأصل في العقود والشروط الإباحة عند الإمام مالك وطائفة من أصحابه ، فالمالكية وإن وافقوا الحنابلة في الأصل إلا أنه قللوا من الاستثناءات التي يستعملها فقهاء الحنابلة ؛ توفيقا بين الأحاديث الواردة في هذه المسألة [(٢)].

ومن ذلك : جواز اشتراط المتعاقد لنفسه منفعة يسيرة ، على ألاّ يؤثر ذلك في حرية المتعاقد في التصرف في أصل الشيء ؛ لأن هذه من الثنيا المنهي عنها بالنص فيوفّقون بين حديث جابر وحديث النهي عن الثنيا .

٤- يعد المذهب الشافعي أقرب المذاهب إلى الظاهرية في مسألة حرية العقود والشروط ، إلا أنهم أكثر توسعا من الظاهرية نظرا لاختلاف أصول مذهبهم عن المذهب الظاهري فهم يُعلّلون الأحكام ويأخذون بالقياس بخلاف أهل الظاهر الذين يقفون عند ظواهر النصوص ولا يعلّلون الأحكام ويرفضون الأخذ بالقياس ، ولهذا كان الشافعية أكثر توسعا من الظاهرية في هذه القاعدة وإن وافقوهم في الأصل .

٥- يعد مذهب الحنابلة أوسع المذاهب في هذه القاعدة ، فالأصل في العقود والشروط عندهم الحرية والإباحة ، ما لم يكن فيها مخالفة لنصوص الشريعة وقواعدها .

فالضابط الشرعي الذي دَلَّ عليه النص أن كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل ، وما لم يخالفه حكمه فهو لازم . فالشرط الجائز بمنزلة العقد بل هو عقد وعهد ، وقد أمر الله بالوفاء بهما .

وإذا فهنا قاعدتان من قضايا الشرع :

الأولى : أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل

الثانية : أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه فهو لازم بالشرط .

---

(١) هذا الحديث هوا الأصل الذي يستند عليه الحنفية في اعتبار العرف.

جزء من حديث رواه أحمد .

قال البنا : " اسناده صحيح وهو موقوف على ابن مسعود " ، وقال الهيثمي : : " رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير ، ورجاله موثقون " .

أحمد ، **المسند** : ١٦/٢ ، مسند عبد الله بن مسعود (٢٥) ، حديث (٣٦٠٠) .

بلوغ الأماني : ١٧٠/٢٢ ؛ **مجمع الزوائد** : ١٨٣/١ .

(٢) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٠/٢ ؛ التاودي / **حلي المعاصم** : ٨/٢ .

ولا يُستثنى من هاتين القاعدتين شيء إلا ما استثناه الشارع ، وما خالف هذا القول من الأقوال والآراء لا يهدم قاعدة من قواعد الشرع [١] .

٦- مما تقدم تَبيَّن أن المذاهب الثلاثة مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم تشترك في كونها تُقيِّد باب الشروط بقيود تختلف سعة وضيقا ، أما مذهب الحنابلة فهو أوسع منها في هذا الباب .

وتجدر الإشارة إلى أن من تشدَّد منهم في هذه القاعدة توسَّع في إثبات الأدلة المثبتة لجواز العقود ، كإثباتهم أصل المصالح المرسلة [٢]، والاستحسان ، والعرف ، وبهذه الأصول توسَّعوا في هذه القاعدة واقتربوا ممن توسَّع فيها .

٧- لا خلاف بين الفقهاء في صحة الشرط الذي يقتضيه العقد ، أي الآثار المترتبة على العقد بحكم الشرع ، فالعقد يقتضي ذلك الشرط من غير ذكر ويلزم الوفاء به وإن لم يذكر في العقد ، فيكون ذكره توكيداً للعقد وبياناً لمقتضاه ، كالبيع بشرط تسليم المبيع أو الرد بالعيب ، أو تعجيل الثمن ، أو انتفاع المشتري به كيف شاء . فهذه الشروط وأمثالها واجبة بالعقد فلا تفسده ، والعقد لازم بها فهي تؤكد العقد وتُبيِّن مقتضاه [٣] .

٨ – لا خلاف بين الفقهاء في صحة الشرط الذي يلائم العقد أي يؤكد موجبه ، كالبيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن ، أو بشرط الكفيل ، أو اشتراط الشهادة في البيع[٤] .

إلا أن المذاهب تختلف عندما تُقرِّر ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد ومن خلال تَتبُّع نصوص الفقهاء فإننا نجد أن الحنفية هم أضيق المذاهب في هذه المسألة يليهم الشافعية ،

(١) انظر : ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٣٠٢/٣ — ٣٠٣ .

(٢) ومعناه : الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خاص في الشريعة بالغائها أو اعتبارها . وهذا الأصل موضع خلاف بين الفقهاء ، ولم يأخذ به من الأئمة الأربعة سوى الإمام مالك — رحمه الله — ، والشافعي في قول قديم .

انظر : أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : / ١٧١ ؛ القرافي / **شرح تنقيح الفصول** : ٤٤٦ ؛ المشاط / **الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة** : ٢٤٩ ؛ آل تيميه / **المسودة** : ٤٥٠ — ٤٥١ .

(٣) انظر : السرخسي / **المبسوط** : ١٤/١٣ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٨٥/٥ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وبلغة السالك عليه** : ٧٨/٢ ؛ النووي / **المجموع** : ٣٦٤/٩ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٨١/٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٤٩-١٥٠ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٨٩/٣ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه أحمد** : ٣٧/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٠٩/٤ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٧١/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٤٣/٦ ؛ النووي / **المجموع** : ٣٦٤/٩ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٨١/٦ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٠٢/٣-٤٠٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٣/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٨٩/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٠٩/٤ .

ووجه الفرق بين المذهبين أن الحنفية إنما يُصحّحون الشرط الملائم للعقد استثناء من الأصل على سبيل الاستحسان ، والقياس عدم صحته ؛ لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل ، لأنه شرط عقد في عقد وهذا لا يجوز ، وفي الاستحسان يجوز ؛ لأن هذا الشرط وإن كان مخالفا لمقتضى العقد صورة فهو موافق له في المعنى فيلحق به [١] .

أما الشافعية فإنهم يُجيزون الشرط الملائم للعقد أصلا لا استثناء [٢] .

وإذا كان الحنفية هم أضيق المذاهب الفقهية في هذه المسألة فإننا نجد أن المالكية والحنابلة هم أوسع المذاهب في ذلك ، فإنهم يُجيزون الشرط الملائم للعقد أصلا لا استثناء ؛ لأن كل شرط لا ينافي مقتضى العقد فهو صحيح [٣] .

ثانيا : الترجيح :

في ختام هذه القاعدة نُؤيِّد القول بأن الحرية هي المبدأ الأصلي العام في العقود والشروط ، وكل شرط يُقصد بالعقد و لم ينافِ مقصوده فهو شرط صحيح .

وإذاً فالأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية هو حرية العقود أنواعا وشروطا ، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين فعندئذ يُمنعُ بخصوصه على خلاف القاعدة ، ويُعتبر الاتفاق عليه باطلا ، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحلُّ حراما أو تُحرِّم حلالاً .

وهذا المبدأ تَضمنّه حديث ((الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إلا شَرْطًا حَرَّمَ حَلالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا)) [٤].

وأيضا الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها في شأن بريرة لما خطب رسول الله ﷺ على المنبر وقال : ((مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ)) [٥] . يقول ابن تيميه رحمه الله عن هذا الحديث : " بيَّن ﷺ بهذه الكلمة — التي هي

---

(١) انظر : السرخسي / **المبسوط** : ١٩/١٣ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ١٧١ .

(٢) انظر : النووي / **المجموع** : ٣٦٤/٩ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٨١/٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٥٣ .

(٣) انظر : الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٨٢/٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٨٩/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٠٩/٤ .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٢٩.

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ١٦.

من جوامع الكلم الذي بعث به ــ أن ما خالف كتاب الله فهو باطل ، وأن كتاب الله أحق أن يتبع مما خالفه ، وشرط الله أوثق من شرط غيره " [١]

ومن ثَمَّ فما ذكره الفقهاء من العقود المسمَّاة ، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع التعامل بها في زمنهم فإذا استُحدثتْ عقودٌ أخرى توافرت فيها الشروط الشرعية المقررة فِقْهاً ، كانت عقوداً مشروعة .

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري مؤيدا هذا القول : " إن الباحث يلمح من خلال الأحكام التي يُقررها الفقهاء في صدد العقود المسمَّاة أنهم يُسلِمونَ بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود في عقد واحد ، يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت . بل يلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة ، هي أن المسلمين عند شروطهم ، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقررها الفقه الإسلامي يكون عقداً مشروعاً " [٢] .

المطلب الثالث : اعتبار العرف أساسا في تحديد الالتزامات .

إن للعرف في الفقه الإسلامي اعتبارا شرعيا في بناء كثير من أنواع الأحكام ، يقول ابن عابدين [٣] : " إن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة " [٤] . وقاعدة الفقهاء في ذلك هي : كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف [٥] .

---

[١] **نظرية العقد** : ١٤ ــ ١٥ .

[٢] **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** : ٨٠/١ .

[٣] **محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، الدمشقي (١١٩٨ – ١٢٥٢هـ)** : ابن عابدين ، من كبار علماء الحنفية ، وإمامهم في عصره . وفقيه الديار الشامية .

من مصنفاته : (رد المحتار على الدر المختار) ، المشهور بحاشية ابن عابدين ، و(مجموعة رسائل) ، و (حواشي على تفسير البيضاوي) وغيرها .

[انظر : الزركلي / **الأعلام** : (٤٢/٦) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٧٧/٩) ؛ البغدادي / **هدية العارفين** : (٣٦٧/٢)] .

[٤] **مجموعة رسائل ابن عابدين** : ١١٣/٢ . وانظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ١٧٥/٢ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ١٥٤/٢-١٥٦ .

[٥] انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٩٨ .

فالشريعة الإسلامية التي جاءت لتنظيم المجتمع وإسعاد الناس بجلب المنافع لهم ودفع المضار عنهم ولم تفصل أحكام الوقائع كلها لا يتصور فيها أن تحول بين الناس وبين ما تعارفوا عليه مما يجلب لهم نفعا أو يدفع عنهم ضررا أو يرفع عنهم حرجا ومشقة ، كما أن مراعاة العرف من وسائل تطور الفقه الإسلامي حسب الزمان والمكان .

يقول الشاطبي [١] : " لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح ، لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد ، لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد ، دل على جريان المصالح على ذلك ، لأن أصل التشريع سبب المصالح ، والتشريع دائم كما تقدم ، فالمصالح كذلك , وهو معنى اعتبار العادات في التشريع " [٢].

وخير دليل على ذلك فِعْلُه ﷺ وهو المُبَلِّغ عن الله ، فقد أقر مبدأ اعتبار العرف في التشريع ، فلم يهدم كل ما تعوده العرب في جاهليتهم بل أقر منه الصالح وأبطل الفاسد وعدَّل ما احتاج إلى تعديل ، فالسنة التقريرية [٣] دليلٌ شاهد لاعتبار العرف ، غير أن الأحكام الثابتة بإقرار العرف في عهده ﷺ تكون ثابتة بالسنة التقريرية لا بالعرف .

ففي بيوعاتهم أقر ما كان مبنيا على التراضي خاليا مما يثير النزاع أو يوصل إلى أكل أموال الناس بالباطل ، وفي النكاح أقر صنفا كانت تخطب فيه المرأة إلى وليها ويقدم لها خاطبها صداقا ثم يعقد أمام شهود ، وألغى ما عدا ذلك ، وأقر أصل الطلاق ونظمه ، وأبقى

---

(١) **إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي (- ٧٩٠ هـ)** : أبو إسحاق ، من كبار فقهاء المالكية المحققين ، أصولي ، مفسر ، فقيه ، محدّث ، نظّار ، ثابت بارع في العلوم . أخذ العلم عن أئمة منهم : ابن الفخار ، وأبو عبد الله البلنسي ، وأبو القاسم الشريف البستي ، وأبو عبد الله الشريف التلمساني . وأخذ عنه أبو بكر بن عاصم وآخرون . له استنباطات لطيفة ، وفوائد جليلة وأبحاث شريفة مع الصلاح والعفة والورع واتباع السُّنّة واجتناب البدع . وبالجملة فقدره في العلوم فوق ما يذكر ، وتحليته في التحقيق فوق ما يشهر .

من تصانيفه : (الموافقات) في أصول الفقه ، وكتاب (الاعتصام) تأليف جليل في الحوادث والبدع، و(المجالس) شرح به كتاب البيوع في صحيح البخاري ، وله غير ذلك .

[انظر : مخلوف / **شجرة النور الزكية** : (٢٣١) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٧٥/١)] .

(٢) **الموافقات** : ٢١٩/٢ . وانظر : ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ١١/٣ وما بعدها ، حيث عقد فصلا في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد .

(٣) السنة التقريرية هي : سكوته ﷺ عن إنكار ما فعله الصحابة رضوان الله عليهم أمامه أو ما أخبر به ، فيعد ذلك إقرار منه للحكم وبيان لشرعيته. [انظر : الآمدي / **الإحكام في أصول الأحكام** : ٢٤٤/١-٢٤٥ ؛ أبو زهرة / **أصول الفقه** : ١٠٥] .

نظام قصاص القتل العمد بعد أن خلّصه من عنت الجاهلية ، وأقر وجوب الدية في القتل الخطأ ونظام القسامة [(١)] وغير ذلك .

بل وأكثر من هذا فقد كان ﷺ ينهى عن أشياء نهيا عاما ثم يجد لقوم عادة في بعض الجزئيات بحيث لو طُبقّ الحكم عليهم لوقعوا في حرج ، فيستثنى موضع الحاجة ويرخص فيه .

من ذلك أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ثم رخّص في بيع السلم [(٢)] ؛ لأنه كان عرفا شائعا والحاجة تدعو إليه .

---

(١) روى مسلم عن أَبِي سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَسُلَيْمَان بْنُ يَسَارٍ مَوْلَى مَيْمُونَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْأَنْصَارِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقَرَّ الْقَسَامَةَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ .
مسلم ، **الصحيح** : ١٢٩٥/٣ ، كتاب القسامة (٢٨) ، باب القسامة (١) ، حديث (١٦٧٠/٧) .
القَسامة هي : " اليمين ، كالقَسَم . وحقيقتُها أن يُقسِم من أولياء الدَّم خمسون نَفَرا على استِحقاقِهم دَمَ صاحِبِهم ، إذا وجَدُوه قتِيلا بين قَوْم و لم يُعْرَف قاتِلُه ، فإن لم يكونوا خمسين أقسَم الموجُودون خمسين يميناً ، ولا يكون فيهم صبيٌّ ولا امرأة ، ولا مجنون ، ولا عبد ، أو يُقْسِم بها المُتَّهَمُون على نَفْي القَتْل عنهم ، فإنْ حَلَف المُدَّعُون استَحقُّوا الدية ، وإنْ حَلَف المُتَّهَمُون لم تَلْزَمْهُم الدية ". [ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٦٢/٤] .

(٢) السَّلَمُ لغة : السَّلَفُ ، وأسلم في الشيء وسَلَّمَ وأسْلَف بمعنى واحد .
شرعا : اختلف الفقهاء في تعريف السلم تبعا لاختلافهم في الشروط المعتبرة في صحته كما يلي :
الحنفية والحنابلة الذين شرطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد وتأجيل المسلم فيه احترازا من السلم في الحال ، عرفوه بما يتضمن ذلك : فقد عرفه الحنفية بأنه : شرآء آجل بعاجل . كما يفعل الزراع مع التجار في بيع المحصولات الزراعية قبل الحصاد .
وعرفه الحنابلة بأنه : عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد .
أما المالكية الذين منعوا السلم في الحال ، و لم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد ، وأجازوا تأجيله ليومين أو ثلاثة لأنه يعتبر في حكم التعجيل ، عرفوه بأنه : عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين .
وأما الشافعية الذين شرطوا لصحة السلم قبض رأس المال في مجلس العقد ، وأجازوا كون السلم حالا ومؤجلا عرفوه بأنه : عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا .
[انظر : (م : سلم) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٢٩٥ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ١٣١ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٠٩ ؛ ابن عابدين / **رد المحتار على الدر المختار** : ٢٠٩/٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** : (م : ١٢٣) : ٩٩/١ ؛ الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** (ق : ١٤) : ١٧٣ ؛ ابن عرفة / **الحدود** : ٢٩١ ؛ الرافعي / **فتح العزيز** : ٢٠٩/٩ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣/٤ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٨٤/٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٨٨/٣ — ٢٨٩ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٧٤) : ١٠٩] .

فعَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ [1] رضي الله عنه قَالَ : أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ : يَأْتِينِي الرَّجُلُ يَسْأَلُنِي مِنَ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدِي أَبْتَاعُ لَهُ مِنَ السُّوقِ ثُمَّ أَبِيعُهُ . قَالَ : ((لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)) [2].

ولما قدم المدينة وجدهم يتعاملون بالسلف (السلم) وهو نوع بيع ما ليس عند الإنسان فأقرهم عليه بعد أن نظمه لهم ، فعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ [3] رضي الله عنه قَالَ : قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ فَقَالَ : ((مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ

---

(١) **حكيم بن حِزام بن خويلد بن أسد بن عبد العُزّى القرشي الأسدي المكي (ق الفيل ١٣ – ٥٤هـ)** : أبو خالد ، صحابي جليل ، وهو ابن أخ خديجة أم المؤمنين ، أسلم يوم الفتح ، وفيه الحديث يومئذ : ((من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن دخل دار حكيم بن حزام فهو آمن)) ، صحب النبي ﷺ قبل البعثة وبعدها ، وكان من أشراف قريش في الجاهلية والإسلام ، عمّر طويلاً قيل عشرين ومائة عام .

روى عنه : ابنه حزام ، وسعيد بن المسيب ، وعروة ، وغيرهم . له في كتب الحديث أربعون حديثاً . توفي بالمدينة المنورة .

[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (١/٥٢٢-٥٢٣) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (١٧٦) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢/٢٦٩)] .

(٢) رواه الترمذي ، والنسائي ، وأبو داود ، وابن ماجه ، وأحمد .

الترمذي ، **السنن** : ٣/٥٣٤ ، كتاب البيوع(١٢) ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٩) ، حديث (١٢٣٢).

النسائي ، **السنن** : ٧/٢٨٩ ، كتاب البيوع ، باب التجارة (بيع ما ليس عند البائع).

أبو داود ، **السنن** : ٣/٧٦٨ -٢٦٩، كتاب البيوع والإجارات (١٧) ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٠) ، حديث (٣٥٠٣) .

ابن ماجة ، **السنن** : ٢/٧٣٧ ، كتاب التجارات(١٢) ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٢٠) ، حديث (٢١٨٧) .

أحمد ، **المسند** : ٥/٢٢٦ ـ ٢٢٧ ، مسند المكيين ، مسند حكيم بن حزام (٣٤) ، حديث (١٥٣١١) (١٥٣١٢) (١٥٣١٣) (١٥٣١٥) . جاء في بلوغ الأماني : " وقال الترمذي حسن صحيح ، وقد روي من غير وجه عن حكيم" [البنّا / **بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني** : ١٥/٤٦] .

مالك ، **الموطأ** : ٢/٤٩٨ ، كتاب البيوع (٣٠) ، باب العينة وما يشبهها (١٩) ، حديث (٤٥).

(٣) **عَبْدُ الله بنِ عباسِ بن عبد المُطَلِبِ بن هَاشِمِ بن عَبْدِ مَنَاف القُرَشِي الهاشمي(٣ ق هـ – ٦٨ هـ)** : أبو العباس ، صحابي جليل ، وهو ابنُ عمِّ رسول الله ﷺ ، دعا له الرسول ﷺ بالفهم في القرآن ، فكان يُسمى البحر ، والحَبْر ، لسعة علمه . قال عمر : لو أدرك ابنُ عباس أسناننا ما عَشَرَه منا أحد .وهو أحد المكثرين من الصحابة في رواية الحديث ، وأحد العبادلة من فقهاء الصحابة . مات بالطائف .

[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٢/٣٣٠-٣٣٤) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٣/١٨٦-١٩٠) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٣٠٩)]

مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ)) [١] . فقد اعتبر العرف أولا ثم صار بعد إقراره تشريعا عاما تبعا لعموم رسالته .

وبذلك يكون رسول الله ﷺ قد حدد لنا نوع العرف الذي يعتبر أساسا للتشريع ، وهو أن ما تعوَّده الناس مما ليس فيه حكم مقرر ، فإذا كانت فيه مصلحة راجحة لا غنى للناس عنها ، أو يدفع عنهم مفسدة كبيرة ولا يخل بالمجتمع ، ولا يعارض مبادئ الشريعة ، فيقر ويعمل به فيصير شريعة واجبة الإتباع ما دام يحقق ذلك ، وإذا كان غير هذا الغي وأهدر ولا فرق في ذلك بين عرف عام شامل لجميع البلدان أو عرف خاص ببلد معين .

وجاء أصحاب رسول الله ﷺ من بعده فأكدوا بقاء اعتبار العرف الصالح فيما يجري بين الناس فيما لا يتنافى مع مبادئ الإسلام ورفضوا منه ما يخالف تعاليمه .

وعلى هذا المنهج سار الفقهاء المجتهدون ومن بعدهم ، ولبناء الأحكام الفقهية على العرف أمثلة كثيرة تفوق الحصر ، منها : الموالاة بين الإيجاب والقبول ، لأن الفصل بين الإيجاب والقبول يعد قرينة تدل على الإعراض عن العقد ، وأساس التفرقة بين ما يعد إقبالا على العقد أو إعراضا عنه هو العرف .

ومنها : التأخير الذي يمنع المشتري من الرد بالعيب ، فلو اشترى شخص سلعة فوجد بها عيبا و لم يردها على الفور بل بعد مدة من الزمن ، فهل يحق للبائع عدم الرد ؟ إن مرجع ذلك للعرف بحسب المدة التي أخر فيها المشتري المبيع وحسب نوع المبيع وإمكان حصول ضرر فيه في تلك المدة وغير ذلك من الاعتبارات [٢] .

ومن أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف :

١ـ " العادة محكَّمة " [٣] : أي أن العرف يجعل حاكما في إثبات الأحكام الشرعية والالتزامات بين الناس على وفقه ، ويلزمهم به قضاء .

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ، واللفظ لمسلم .
مسلم ، **الصحيح** : ١٢٢٦/٣ ـ ١٢٢٧ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب السلم (٢٥) ، حديث (١٦٠٤/١٢٧)
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٨١/٥ ، كتاب السلم (٣٥) ، باب السلم في كيل معلوم (١) ، حديث (٢٢٣٩) .

(٢) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٩٠ ، ٩٨ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٩١/٢ ؛ ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ٨٠ .

(٣) ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٩٣ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٤٠) : ٤٣/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٨٩ .

٢ــ " الحقيقة تترك بدلالة العادة " [١] : والمراد بالحقيقة هنا المعنى الأصلي للفظ في مقابل المعنى المجازي .

أي أن ألفاظ الناس في أقوالهم وتصرفاتهم تحمل على معانيها المتعارفة بينهم ، لا على معانيها الحقيقية في أصل اللغة .

٣ــ " استعمال الناس حجة يجب العمل بها " [٢] : وهذه القاعدة بمعنى قاعدة العادة محكمة ، وهي شاملة للعرف القولي والعملي ، فعادة الناس إذا لم تكن مخالفة للشرع ، فهي حجة ودليل يجب العمل بها ؛ لأن العادة محكمة .

٤ــ المعروف عرفا كالمشروط شرطا [٣] : أي أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد ، وإن لم يذكر صراحة ، ما لم يكن مخالفا لأصول الشريعة وقواعدها . فتوابع العقود التي لا تذكر صراحة فيها ، تحمل على عادة كل بلد ، فمن اشترى سيارة دخل فيها عدتها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي بدون ذكر في العقد ؛ لأن العرف يدل على ذلك . إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك ، فالعقد شريعة المتعاقدين .

٥ــ " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص " [٤] : أي أن العرف العملي يعتبر مرجعا للأحكام ودليلا شرعيا عليها عند عدم وجود النص ، فيجب العمل به ما لم يكن هذا العرف مخالفا لأصول الشريعة وقواعدها . فمن استأجر سيارة للحمل ، فإن له تحميلها النوع والقدر المتعارف عليه ، بما لا يسبب ضرر منه عليها .

٦ــ " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان " [٥] : أي أن ما كان من الأحكام الشرعية مبنيا على عرف الناس وعادتهم يتغير باختلاف عادة الناس من زمن لزمن ، فالأحكام الاجتهادية المبنية على المصلحة أو على القياس أو على العرف والعادة هي التي تتبدل بتبدل الزمان ، ولا يدخل في هذه القاعدة الأحكام النصية .

---

(١) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٤٠) : ٤٣/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٩٣ .

(٢) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣٧) : ٤١/١ ؛ البرنو / **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** : ٢٩٢.

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٩٩ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٤٣) : ٤٦/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٩٦؛ ؛ البرنو / **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** : ٣٠٦-٣٠٧.

(٤) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٤٥) : ٤٦/١؛ ؛ البرنو / **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** : ٣٠٦-٣٠٧.

(٥) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣٩) : ٤٣/١ ؛ البرنو / **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** :٣١٠-٣١٣ .

ومن أمثلة الأحكام التي تغيرت لتغير العادات وتبدل المصالح وتطور الزمن : إنشاء المدارس ومراحل التعليم المختلفة ، والجامعات بأنواعها ونظمها المختلفة ، وكذلك إنشاء المستشفيات والوزارات المتخصصة ، والمحاكم على درجات مختلفة .

المطلب الثالث ــ الوفاء بالعقود .

الأصل في العقود أنه يجب الوفاء بها إلاّ ما قام دليل على منعه امتثالا لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (١) ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً ﴾ (٢) .

فكل ما يصدق عليه أنه عقد فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القران الكريم ، لكن هذا الحكم ليس عاما في كل العقود وذلك لتنوع العقود بحسب اللزوم وعدمه إلى عقود لازمة يجب الوفاء بها ، وعقود جائزة يستحب الوفاء بها لأنها من المعروف الذي ندب إليه الشارع (٣) .

يقول ابن تيميه : إن العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا إلا ما خصه الدليل . على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل ، بل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي .

والأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد (٤) .

فعقد الإنسان وتعهده الذي باشره بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه ، ومقيد لإرادته بإرادته ، وهذا الإلزام معناه تمام الاحترام لحرية العاقد ، وللحقوق الناشئة بعقده لغيره ، كي تتولى الثقة والاطمئنان إلى نتائج التعامل الاقتصادي ، ويعلم الإنسان كيف يبني تصرفه (٥) .

* * * * *

(١) سورة المائدة : آية ١ .

(٢) سورة الإسراء : آية ٣٤ .

(٣) انظر الفصل الرابع ــ أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه ، ص : ٢٤٤ وما بعدها .

(٤) **الفتاوى الكبرى** (بتصرف): ٤٨٥/٣ .

(٥) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٤٦٨/١ .

الفصل الثاني
التعريف بالعقد

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد لغة .

المطلب ثاني : تعريف العقد اصطلاحا .

المبحث الثاني : الفرق بين العقد والتصرف ، والعقد والالتزام .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف التصرف والفرق بينه وبين العقد .

المطلب الثاني : تعريف الالتزام والفرق بينه وبين العقد .

المطلب الثالث : العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام .

المبحث الأول ــ تعريف العقد لغة واصطلاحاً .

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول ــ تعريف العقد لغة :

العقد نقيض الحَل ، ومَعقد الشيء مَوضع عقده ، والعقد لغة كلمة تطلق ويراد بها عدةُ معانٍ منها : الربط ، والشد ، والجمع بين الشيئين ، ويراد بها أيضا إحكام الشيء وتقويته ووجوبه وضمان لزومه ، فعقد كل شيء إحكامه وإبرامه ومنه قوله تعالي : ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ [١] ، فسمى عقد النكاح عقدة لأنه يربط بين الزوجين [٢] .

ومن معانيه أيضا الضمان والعهد ، ويجمع على عقود ومنه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [٣] . قيل هي : العهود ، وقيل هي : الفرائض التي ألزموها [٤] .

والربط يتضمن تلك المعاني ويجمعها وهو المعنى الأصلي لكلمة (عقد) كما يظهر من بيان أهل اللغة يقال : عقدت الحبل عقدا فانعقد أي شددته وقويته ، أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما وأحكمته بالعقد عليه .

وتستعمل كلمة (عقد) في لسان العرب للربط المعنوي بين كلامين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والنكاح ، كما استعملت في كل ما يعقده العاقد فينشئ به التزاما كعقد العهد واليمين ، واستعماله في الربط المعنوي يفيد أنه قوى التوثيق واللزوم [٥] ، يقال : عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله : ألزمته ذلك ، فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فتأويله : أنك ألزمته ذلك باستيثاق، وأيضا يقال عقد اليمين يعقدها عقدا

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٢) انظر : أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٢/ ٦١٤ ، الرازي / **التفسير الكبير ومفاتيح الغيب** : ٦/ ١٤٥ ؛ القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٣/ ١٩٢ .

(٣) سورة المائدة : آية ١ .

(٤) انظر : ابن منظور / **لسان العرب** : ٢٩٧/٣ .

(٥) انظر : (م : عقد) : الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ١/ ٣١٥ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٦٠ ، أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٢/ ٦١٣ ــ ٦١٤ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ٣/ ٢٩٦ ــ ٢٩٧ ؛ الجوهري / **الصحاح** : ٥١٠/٣ ، النووي / **تهذيب الأسماء واللغات** : من القسم الثاني : ٢ / ٢٧ ــ ٢٨.

وعقدها : أكدَّها [١] ومنه قوله تعالى :﴿ لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾ [٢] .

وإذا فالعقد لغة هو الربط الشامل للمعنى الحسِّي والمعنوي ، ويشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق أو اللزوم من جانب واحد أو من جانبين عملا كان أو تركا .

المطلب الثاني ـ تعريف العقد اصطلاحا :

إن المُتتبِّع لأقوال الفقهاء عند كلامهم عن العقود يجد أن مدلول العقد في اصطلاح الفقهاء لا يبعد عن معناه اللغوي وإن كان أخص منه ، فهو عندهم يدور حول معنيين أحدهما عام والآخر خاص ، وفيما يلي تفصيل القول في ذلك .

أولا ـ المعنى العام للعقد :

ينظر بعض الفقهاء إلى العقد نظرة عامة فيشمل عندهم كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به وترتب عليه حكم شرعي ، وهذا يشمل الالتزام من طرفين متقابلين كما في البيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود ، والالتزام من طرف واحد ، أي الالتزام الذي تم بإرادة منفردة لا تقابلها التزامات من الطرف الآخر ،كاليمين ، والنذر ، والطلاق ، والإبراء ، والهبة ، والهدية ، والصدقة ، وأيضا الالتزام بحكم ديني كأداء الواجبات وترك المحظورات [٣] .

وبهذا المعنى فسر المفسرون قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٤] .

---

(١) انظر : ابن منظور / **لسان العرب** : ٣/ ٢٩٦ — ٢٩٧ .

(٢) سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٣) انظر : الجصاص / **أحكام القران** : ٢/٢٩٤ .

(٤) سورة المائدة : آية ١.

اختلف المفسرون في العقود التي أمر الله الوفاء بها في هذه الآية على أقوال :

الأول : ما عقد الله على العباد من الأحكام والتكاليف الدينية ، وما يعقدونه بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به أو يحسن دينا .

الثاني : العقود التي يتعاقدها الناس بينهم ، ويعقدها المرء على نفسه كعقد البيع وعقد النكاح وعقد اليمين .

الثالث : العقود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على النصرة والمؤازرة .

الرابع : ما عقد الله على العباد مما أحل لهم وحرم عليهم وألزمهم فرضه وبين لهم حدوده .

الخامس : عقد النكاح والشركة واليمين والعهد والحلف وزاد بعضهم البيع وقيل غير ذلك .

ورجَّح المفسرون القول الأول ، وهو أولى الأقوال ، فالمدلول العام للعقد هو المراد في هذه الآية الكريمة .=

وفي ذلك يقول ابن العربي [(١)] :"ربط العقد تارة يكون مع الله ، وتارة يكون مع الآدمي ، وتارة يكون بالقول ، وتارة يكون بالفعل" [(٢)].

وجاء في الأشباه والنظائر ما يؤيد هذا المعنى ، فجاء في القسم الثالث من أقسام العقود أن العقود من حيث افتقارها للإيجاب والقبول أو عدمه خمسة أقسام : منها : مالا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظا كالهدية ، والصدقة ، والهبة .

ومنها : ما يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظا ، كالبيع والصرف والسلم .

ومنها : ما يفتقر إلى الإيجاب لفظا ، ولا يفتقر إلى القبول لفظا بل يكفي الفعل ، كالوكالة ، والوديعة ، والعارية .

ومنها : مالا يفتقر إليه أصلا بل شرطه عدم الرد كالوقف ونحوه

ومنها : ما لا يرتد بالرد ، كالضمان ، والإبراء [(٣)].

وذكر شيخ الإسلام ابن تيميه من ضمن العقود التي أوردها : العتق وعقد الولاء والطاعة والنذر واليمين بل أنه أطلق العقد على المعاهدات بين المسلمين والكفار [(٤)].

= قال القرطبي — رحمه الله — مؤيدا لهذا القول : " وهذا كله راجع إلى القول بالعموم وهو الصحيح في الباب " [**الجامع لأحكام القران** : ٦/٣٣ ، وانظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القران** : ٦/٣٢ — ٣٣ ؛ الرازي / **التفسير الكبير** : ٦/١٢٥ — ١٢٦ ؛ ابن العربي / **أحكام القران** : ٢/٥٢٥ ؛ الطبري / **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** : ٦/٤٧ — ٤٩ ؛ الألوسي / **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني** : ٦/٤٨] .

(١) **محمد بن عبد الله بن محمد المعافري المعروف بابن العربي الأندلسيّ . شبيلي (٤٦٨ — ٥٤٣)** : أبو بكر ، من كبار علماء المالكية ، محدث ، فقيه ، مجتهد ، أصولي ، أديب . أخذ عن الطرطوشي والإمام الغزالي وأخذ عن القاضي عياض وغيره .

من تصانيفه : (عاضه الأحوذي شرح الترمذي) ، و(أحكام القرآن) ، و(المحصول في علم الأصول) ، و(مشكل الكتاب والسنة) .

[انظر : الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٢٠/١٩٧-٢٠٤) ؛ مخلوف / **شجرة النور الزكية** : (١٣٦-١٣٨)؛ ابن فرحون / **الديباج المذهب** : (٢/٢٥٢-٢٥٦) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (١٠/٢٤٢-٢٤٣)] .

(٢) **أحكام القرآن** : ٢/٥٢٦ .

(٣) انظر : السيوطي : ٢٧٨ — ٢٧٩ .

(٤) انظر : **القواعد النورانية** : ٧٣ ؛ **نظرية العقد** : ٢١ ، ٦٠ ، ٦٢ ، ٦٥ ، ٦٦ .

وقسَّم ابن رجب [١] رحمه الله العقود إلي قسمين : الأول عقود المعاوضات المحضة [٢] كالبيع ، والثاني : عقود لا معاوضة فيها ، وهي عقود التبرعات [٣] ، كالصدقة والهبة والهدية [٤] .

ومما سبق يتبين أن العقد بمدلوله العام عند الفقهاء يُقصد به التوثيق واللزوم ، فهو يشمل جميع الالتزامات الشرعية التي يترتب عليها حكم شرعي ، ولذا يطلق بعض الفقهاء على الطلاق والعتق والنذر والتبرع مسمى العقد ؛ لما فيها من معنى اللزوم .

---

(١) **عبد الرحمن بن أحمد بن الحسن بن محمد ابن أبي البركات مسعود البغدادي الدمشقي الحنبلي ، الشهير بابن رجب (٧٠٦ — ٧٩٥ هـ)** : أبو الفرج ، زين الدين ، وجمال الدين أيضاً . من كبار فقهاء الحنابلة ، ولد ببغداد ، وتوفي بدمشق . كان محدِّثاً ، حافظاً ، فقيهاً ، أصولياً ، ومؤرِّخاً . قدم إلى دمشق مع والده فسمع معه من محمد بن إسماعيل ، وإبراهيم بن داود العطار وغيرهما . وبمصر من أبي الفتح الميدومي ، وأبي الحرم القلانسي وغيرهما . وأكثر من المسموع وأكثر من الاشتغال حتى أتقن فن الحديث وصار أعرف أهل عصره بالعلل، وتتبع الطرق . تخرَّج به غالب أصحابه الحنابلة .

من تصانيفه : (شرح سنن الترمذي) ومعه (شرح العلل) ، و(شرح قطعة من البخاري) ، و(ذيل الطبقات للحنابلة) ؛ و(تقرير القواعد وتحرير الفوائد) المشهور بقواعد ابن رجب وأجاد فيه ، و(جامع العلوم والحكم) وهو شرح الأربعين النووية . [انظر : ابن حجر / **الدرر الكامنة** : (٢/١٩٥) ؛ ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٦/٣٣٩) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٥/١١٨)]

(٢) عقود المعاوضات هي : كل عقد محتو على بدل من الجانبين . وتسمى أيضا عقود المبادلات المالية [انظر : الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٣/٢ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٧٨/١] .

وانظر من هذا البحث ص : ٣٦٩ .

والمعاوضة المحضة هي : ما يفسد فيها العقد بفساد العوض ، ويكون المال مقصودا فيها من الجانبين . وغير المحضة هي : ما لا يفسد فيها العقد بفساد العوض ، ولا يكون المال فيها مقصودا من الجانبين . فالعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للمتعاقد الآخر ، كالكفالة فإنها عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول ؛ لأنه أخذ الكفالة في مقابل الدين الذي له ، وهي بالنسبة للكفيل تبرع ؛ لأنه لم يأخذ أجرا على كفالته إذ يكون قد التزم دون مقابل . [انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٣/٢ ، ١٨٥/٣-١٨٦] .

(٣) عقود التبرعات : هي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر فلا يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطي فيها المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه . [انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٧٩/١] .

وانظر من هذا البحث ص : ٣٧٠ .

(٤) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٥١ وَ ٥٢) : ٧١ — ٧٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٤-٦ فقد جاء فيه ما يفيد استخدام الفقهاء للعقد بمدلوله العام في معرض الحديث عن بيع المعاطاة .

وهذا المعنى العام للعقد هو المستعمل عند الفقهاء عند بيانهم الأحكام العامة للعقود وتفصيلهم لقواعدها الأساسية [١] .

بقي أن أشير إلى أن العقد بهذا المعنى مطابق لمعناه اللغوي .

ثانيا ـ المعنى الخاص للعقد :

عرّف الفقهاء العقد بمدلوله الخاص بتعريفات كثيرة متقاربة في اللفظ والمعنى يجمعها تعريفه بأنه : ربط إيجاب بقبول أو ما يقوم مقامهما على وجه مشروع [٢] .

شرح التعريف :

أ ـ محترزات التعريف :

الربط : جنس في التعريف ، يشمل كل ربط سواء أكان حسيا أم معنويا ، مشروعا أم غير مشروع .

إيجاب بقبول : قيد في التعريف ، خرج به الربط الحسي ، وأيضا كل تصرف تستقل بإنشائه إرادة منفردة كالطلاق والعتاق والوقف والإبراء والنذر واليمين وغير ذلك من تصرفات الإرادة المنفردة .

أو ما يقوم مقامهما : يدخل بهذا القيد ، ما يقوم مقام اللفظ في التعبير عن إرادة العاقدين كالتعاطي ، والإشارة ، والكتابة وغيرها من وسائل التعبير عن الإرادة ؛ لأن إظهار إرادة العاقد يتحقق بالتعبير عنهما بالكلام أو ما يقوم مقامه . على خلاف بين الفقهاء في مدى صلاحية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة [٣] .

على وجه مشروع : قيد آخر في التعريف خرج به ربط الإيجاب بالقبول على وجه غير مشروع ، كعقد البيع إذا صدر من غير أهله كمن باع ملك غيره .

---

(١) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥/ ٢٤٠ ؛ القرافي / **الفروق** (ف: ٢٠٩) : ١٣/٤ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٩٧/٢ — ٣٩٨ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٥/ ٢٨٣ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٨٩/٣ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٢٤٨/٦ ؛ البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٢٣/٢ ؛ منلا خسرو / **مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول**: ٣٨٩/٢ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٠٣) : ٩١/١ ، (م: ١٠٤) : ٩٢/١ ؛ الدسوقي/**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٥/٣ ؛ الجرجاني / **التعريفات** : ١٦٦ ؛ الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ١٧٠ .

(٣) انظر من هذا البحث ، ص : ٥٩ — ٦٣ .

ويثبت بهذا القيد الأثر المترتب على العقد ؛ لأنه متى تم العقد صحيحا مستوفيا أركانه وشروطه الشرعية فإنه يترتب عليه ثبوت الأثر المقرر له شرعا ، كملك الرقبة في البيع وملك المنفعة في الإجارة وملك المتعة في النكاح وغيرها [١].

إذا فثبوت أثر العقد مترتب على ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع .

ب . شرح المفردات :

ربط : الربط الشد والتوثيق [٢]، وهو وصف قائم بكل من العاقدين يترتب عليه ارتباط الإيجاب بالقبول .

إيجاب بقبول :

الإيجاب لغة : الالتزام والإثبات [٣] .

الإيجاب شرعا :

أولا ــ عند الحنفية [٤] : أول كلام يصدر من أحد العاقدين مُعبِّر عن إرادته من أجل إنشاء التصرف . وسمي إيجابا لإثبات الموجب بإيجابه للعاقد الآخر حق القبول .

ثانيا ــ عند جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية والحنابلة [٥] : ما دلَّ على التمليك ونحوه ، كقول البائع [٦] : بعتك أو ملكتك ، فهذا يعتبر إيجابا وإن صدر ثانيا ؛ لأنه صدر من المالك صاحب العين .

القبول لغة : التصديق والتلقي والأخذ [٧] .

---

(١) انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٢٣/٢ ؛ البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٢٣/٢.

(٢) انظر (م : ربط) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٨٢ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٩٧ .

(٣) انظر : (م : وجب) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٤٨ .

(٤) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨٣/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ ابن عابدين /**حاشية ابن عابدين** : ٥٠٦/٤ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٠١) : ٩٠/١ .

(٥) انظر : الدسوقي /**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٣/٣ ؛ عليش / **شرح منح الجليل** : ٤٦٣/٢ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج** : ١٥٣/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢/٤ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الارادات** : ١٤٠/٢ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه أحمد** : ٣/٢ .

(٦) ومن في حكمه كالمؤجر وغيره .

(٧) انظر : (م : قبل) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٨٦ .

القبول شرعا :

أولا ــ عند الحنفية [١] : ثاني كلام يصدر من العاقد الآخر بعد الإيجاب مُعبِّرا عن رضاه على إتمام العقد .وسمي قبولا لأنه يقع جوابا للأول ، وبه يتم العقد .

وإذا فالمعتبر عند الحنفية أن الإيجاب ما صدر أولا والقبول ما صدر ثانيا سواء أصدر من المالك أم من المملك .

ثانيا ــ عند جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية والحنابلة [٢] : ما دل على التملُّك ونحوه ،كقول المشتري بعني أو ملكني ونحوه ، فهذا يعتبر قبولا وإن صدر أولا ؛ لأنه صدر من طالب التملُّك.

إذا فالمعتبر عند جمهور الفقهاء صدور الإيجاب من المالك والقبول من المتملك ولا اعتبار لتقدم أحدهما على الآخر .

والمراد بربط الإيجاب بالقبول : أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه مشروع ، ويسمى هذا الارتباط انعقادا [٣] .

وهذا الربط اعتباري (معنوي) في نظر الشرع غايته التعبير عن رضا العاقدين ؛ لأن العاقدين وإن كانت إرادهما متفقة إلا أن هاتين الإرادتين خفيَّتان ولا بد من إظهارهما وذلك يتحقق بالتعبير عنهما بالكلام أو ما يقوم مقامه . إذا فالتعبير عن الرضا المتقابل لإرادة العاقدين في إنشاء العقد يسمى بالإيجاب والقبول [٤].

ثالثا ـ العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

إن العقد بمعناه الخاص عند الفقهاء لا يبعد عن المعنى اللغوي بل هو تقييد له وحصر لما فيه من العموم .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٥/ ٢٨٤ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠٦/٤ ؛ **مجلة الأحكام** (م : ١٠١ ــ ١٠٢) : ٩٠/١ ــ ٩١ .

(٢) انظر : الدسوقي /**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٣/٣ ؛ عليش / **شرح منح الجليل** : ٤٦٣/٢ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج** : ١٥٣/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢/٤ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الارادات** : ١٤٠/٢ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه أحمد** : ٣/٢ .

(٣) الانعقاد هو : " ارتباط أجزاء التصرف شرعا " [البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٢٣/٢] .

(٤) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨٣/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ــ ٢٤٩ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : /٢٩٢ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية** : ٣٦٤ .

بقيت الإشارة إلى أن العقد بمعناه الخاص هو المراد عند إطلاق كلمة عقد وهو كذلك المتبادر إلى الذهن .

* * * * *

المبحث الثاني ـ الفرق بين العقد والتصرف والعقد والالتزام .

إن بيان وجه الفرق بين العقد والتصرف والعقد والالتزام يستلزم أولا تعريفاً موجـزاً لكل من التصرف والالتزام ، ومن ثم نستخلص العلاقة القائمة بين هذه المصطلحات الثلاثة . وبيان ذلك كما يلي :

المطلب الأول ـ تعريف التصرف والفرق بينه وبين العقد .

ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول . تعريف التصرف لغة واصطلاحا :

أ . التصرف لغة :

التقليب في الأمور والسعي في طلب الكسب [1].

ب . التصرف في اصطلاح الفقهاء :

المستفاد من كلام الفقهاء أن التصرف هو : ما يصدر عن الشخص بإرادته ويُرتِّب عليه الشرع أحكاما مختلفة [2].

وهذا يشمل جميع أنواع التصرفات الفعلية والقولية [3]، وسواء أكانت تلك التصرفات

(١) انظر : (م : صرف) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٢٩ ؛ الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٣٥٣ .

(٢) **الموسوعة الفقهية التابعة لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت** : ٧١/١٢ .

وانظر : أبا زهرة / **الملكية ونظرية العقد** : ٢٠١ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٢٨٨/١ .

(٣) التصرف الفعلي هو : ما كان قوامه عملا غير لساني ؛ كإحراز المباحات ، والغصب ، والإتلاف ، واستلام المبيع ، وقبض الدين .

وأما التصرف القولي فنوعان : الأول : التصرف القولي العقدي ، وهو الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان ، أي ما يكون فيه اتفاق بين إرادتين ، كالبيع ، والإجارة ، والشركة ، وغيرهم .

الثاني : تصرف قولي غير عقدي ، وتحته نوعان : أحدهما : نوع يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه ، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة . وهذا النوع من التصرف القولي يسمى عقدا على المعنى العام للعقد . وثانيهما : لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها لكنه أقوال تترتب عليها آثار شرعية ، كالدعوى فإنها طلب حق أمام القضاء ، وكالإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم . وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه أي شبه عقدي.

[انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٢٨٩/١- ٢٩٠] .

عبادات كالصلاة والزكاة والصوم والحج أم غيرها من تمليكـــات [١] ومعاوضـــات كـــالبيع والإجارة والنكاح ، أم من تبرعات كالوقف والهبة والهديـــة والصدقـــة ، أم تقييـــدات [٢] كالحجر والرجعة وعزل الوكيل ، أم التزامات كالضمان والكفالة والحوالة والنذر واليمـــين ، أم إسقاطات [٣] كالطلاق والخلع والإبراء عن الدين ، أم إثباتات كالإقرار والشهادة واليمين والرهن ، أم اعتداءات على حقوق الغير المالية وغيرها كالغصب والسرقة ، أم جنايات علـــى النفس والأموال أيضا [٤].

الفرع الثاني ـ الفرق بين العقد والتصرف :

مما تقدم يتبين أن التصرف يشمل العقد بمدلوله الخاص وغيره من التصرفات التي ليست بعقد ، وعليه فالعقد نوع من أنواع التصرف ، فكل عقد تصرف وليس كل تصرف عقداً .

(١) الملك لغة : المَلْكُ والمُلْكُ والمِلْك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد .

اصطلاحا : اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الملك مع كونها متقاربة في معناها مضمونها واحد ، منها مـــا جاء في فتح القدير بأنه : " قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف ، إلا لمانع " . وهذا التعريف للملك علـــى أساس ذكر غايته والمقصد الأصلي الذي شرع من أجله .

[انظر (م : ملك) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٤٩١/١٠ ـــ ٤٩٥ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٢١ ؛ الرازي/ **مختار الصحاح** : ٢٦٤ ؛ الأصفهاني/ **معجم مفردات ألفاظ القران** : ٤٧٢ . ابـــن الهمـــام / **فتـــح القدير** : ٢٤٨/٦ . وانظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٦ ؛ الحموي / **غمز عيون البصـــائر شـــرح الأشباه والنظائر** : ٤٦١/٣] .

(٢) التقييد لغة : مصدر قيّد ، وقيَّدته تقييدا جعلت القيد في رجله ، ومنه تقييد الألفاظ بما يمنع الاختلاط ويزيـــل الالتباس . وفي اصطلاح الفقهاء يستعمل في مقابل الإطلاق ، لذا يطلقون على منع الشخص مـــن التصـــرف تقييد ، كالحجر على الشخص عن التصرف بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الصغر . [انظر : (م : قيـــد) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٩٩ ؛ موسى / **الأموال ونظرية العقد** : ٤٦٤ ؛ بدران / **الشريعة الإســـلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٩٢] .

(٣) الإسقاط لغة : الوقوع والإلقاء ، وسقط الدين معناه : سقط طلبه.

واصطلاحا : إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق . وتسقط بذلك المطالبة به ، لأن الســـاقط ينتـــهي ويتلاشى ولا ينتقل . [انظر : (م : سقط) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٠٦ ؛ الموصلي / **الاختيار لتعليـــل المختار** : ١٢١/٣ ، ١٧/٤ ؛ القرافي / **الذخـــيرة** : ١٥٩/١ ؛ الشـــيرازي / **المـــهذب** : ٤٤٨/١ ، ٤٥٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢١/٣] .

(٤) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٢٨٩/١ ـــ ٢٩١ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٣٦٥ ـــ ٣٦٦ .

المطلب الثاني ــ تعريف الالتزام والفرق بينه وبين العقد .

ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول . تعريف الالتزام لغة واصطلاحا :

أ . الالتزام لغة :

مصدر التزم ، والمراد إرادة شغل الذمة بشيء [(١)].

ب . الالتزام في اصطلاح الفقهاء :

يمكن تحرير مقصود الفقهاء لمدلول الالتزام بأنه : " إيجاب الإنسان على نفسه أمراً جائزاً شرعا " [(٢)] . سواء أكان يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه ، وسواء أكان صادرا من شخص واحد ، أم من شخصين [(٣)] .

---

(١) اللغة العربية تفرق بين معنيين مصدرهما (م : لزم) .

الأول : الإلزام بمعنى الإيجاب . والثاني : الالتزام : بمعنى إرادة شغل الذمة بشيء ــ كما سبق ــ .

جاء في **المصباح المنير** : ٢١١ : " لزم الشيء يلزَم لزوما ثبت ودام ويتعدّى بالهمزة فيقال ألزمته أي أثبته وأدَمْتُهُ ، ولزمه المال وجب عليه ، ولزمه الطلاق وجب حكمه وهو قطع الزوجية ، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه ، ولازمت الغريم ملازمة ولزمته ألزمه أيضا تعلقت به ولزمت به كذلك ، والتزمته اعتنقته فهو مُلْتَزَم ومنه يقال لما بين باب الكعبة والحجر الأسود المُلْتَزَم لأن الناس يعتنقونه أي يضمونه إلى صدورهم " .

ويفرق الفقهاء أيضا بين الالتزام والإلزام وقد تعرضوا لذلك في تعريفهم للذمة ، والفرق واضح بينهما ، فالالتزام يأتي من الشخص نفسه فهو أمر يقرره الإنسان باختياره بخلاف الإلزام فهو يأتي من الغير .

[انظر : (م : لزم) : الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٥٦٤ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٢٤٩ ؛ القرافي / **الفروق** (ف: ١٨٣): ٢٣١/٣ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** : ٢٣٧/٣ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ٩٦/٢ ؛ العطار / **نظرية الأجل في الالتزام** : ٢٥] .

(٢) العطار / **نظرية الأجل في الالتزام** : ٤١ .

(٣) انظر : الحطاب / **تحرير الكلام في مسائل الالتزام** : ٦٨ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٣٣٦/١ ؛ زيدان / **المدخل لدراسة الشريعة** : ٢٨٧.

تنبيه : لم يتعرض أحد من الفقهاء لتعريف الالتزام فيما اطلعت عليه من المراجع ، إلا الشيخ الحطاب من المالكية في كتابه : (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) وليس معنى هذا عدم معرفة الفقهاء به أو بمقتضاه في الأحكام ، غاية الأمر أنهم لم يفردوا له باب أو فصل خاص به ، إلا إن معناه ظاهر من خلال استعمال الفقهاء له في سائر الأبواب الفقهية .

الفرع الثاني ـ الفرق بين العقد والالتزام :

من خلال استعمال الفقهاء لمدلول الالتزام يتبين أن الالتزام عام في التصرفات الاختيارية ، وهو بهذا المعنى يكون مرادفا للعقد بمدلوله العام ؛ لأنه يشمل كل ما يوجبه الإنسان على نفسه سواء كان تصرفه ناتجا عن عقد بينه وبين آخر ، أم كان نتيجة لإرادته المنفردة . وهو بذلك يشمل جميع أنواع العقود [1].

والالتزام بهذا المعنى أعم من العقد بمدلوله الخاص ، والعقد بمدلوله الخاص يدخل في عموم الالتزام .

وعلى هذا فالالتزام نوع من التصرف الاختياري ، يتضمن إما إنشاء حق من الحقوق مثل عقد الإجارة ، فإنه تصرف ينشئ التزامين متقابلين هما التزام المؤجر بتسليم العين المستأجرة للانتفاع بها مدة الإجارة ، والتزام المستأجر بتسليم الأجرة للمؤجر مقابل انتفاعه بالعين ، أو إنهاءه كفسخ العقد [2]، أو نقله كالحوالة ، أو تعديله كالشروط العقدية التي يشترطها المتعاقدان أو أحدهما ، أو إسقاطه كالإبراء من الدين . لا فرق في هذا بين الأقوال والأفعال ، فالالتزام قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل ، وسواء في ذلك أكان الحق عينا أم

---

(١) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٠٣) : ١/٩١ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/١٦٨ ؛ الجصاص / **أحكام القران** : ٢/٢٩٤ ـ ٢٩٥ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/٣٩٢ .

وهذا المعنى هو ما اعتبره الحطاب مدلولا لغويا للالتزام وعبر عنه بأنه : إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له ، أي ما لم يكن واجبا عليه قبل ، وهو بهذا المعنى شامل للبيع والإجارة وسائر العقود . [انظر : الحطاب / **تحرير الكلام في مسائل الالتزام** : ٦٨]

(٢) كفسخ البيع وغيره من العقود اللازمة من الجانبين ، أو اللازمة من جانب واحد والجائزة من الجانب الآخر كالرهن .

والفسخ في اللغة : يطلق على عدة معان أظهرها النقض والرفع والإزالة ، يقال : فسخت البيع والأمر نقضتهما ، وفسخت العقد فسخا رفعته ، وتفاسخ القوم العقد توافقوا على فسخه ، وفسخت المَفْصِل عن موضعه أزلته .

والمراد بالفسخ في اصطلاح الفقهاء : حل ارتباط العقد . والفسخ بهذا المعنى لا يبعد عن معناه اللغوي بل هو في الحقيقة تقييد له وتخصيص لعمومه .

[انظر (م : فسخ) : الرازي / **مختار الصحاح** : ٢١١ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٨٠ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٨ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٢٧١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٧ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ٢/٧٠ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٢١) : ١١٥] .

ثابتا في الذمة ، وسواء أكان صادرا من شخص واحد كالوقف والإبراء والهبة ، أم من شخصين كالبيع والإجارة والنكاح [١] .

المطلب الثالث ـ العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام .

بناء على أقوال الفقهاء السابقة في معنى كلٍّ من العقد والتصرف والالتزام يتبين ما يلي :

أولا : العلاقة بين العقد والتصرف والالتزام علاقة عموم وخصوص مطلق . فالعقد بمدلوله الخاص والالتزام يدخلان في عموم التصرف .

ثانيا : الالتزام نوع من التصرف الاختياري ، فهو أخص من مطلق التصرف ؛ لأن التصرف شامل للالتزام وغيره ، فكل التزام تصرف ، وليس كل تصرف التزاماً .

ثالثا : العقد بمدلوله الخاص نوع من أنواع التصرف ، فالتصرف يشمل العقد وغيره من التصرفات التي ليست بعقد ، وبذلك يمكن القول بأن كل عقد تصرف وليس كل تصرف عقداً .

رابعا : إن التصرف في بعض صوره ـ ومنه العقد ـ هو السبب المنشئ للالتزام ، أي أن التصرف مصدر من مصادر الالتزام والالتزام أثره .

خامسا : أن العقد بمدلوله العام مرادف للالتزام .

سادسا : الالتزام أعم من العقد بمدلوله الخاص ، والعقد بمدلوله الخاص يدخل في عموم الالتزام [٢] .

*****

---

(١) انظر : ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** :٢/٦٩ ـ ٧٣ ؛ الزرقا / **المدخل للفقه الإسلامي** : ١/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٣٦٦ ـ ٣٦٧ .

(٢) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ١/ ٢٩١ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٣٦٦ ؛ زيدان /**المدخل لدراسة الشريعة** : ٢٨٦ - ٢٨٧ ؛ أبا زهرة / **الملكية ونظرية العقد** : ٢٠١ ؛ السنهوري / **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** : ١/٤٠ .

الفصل الثالث

أركان العقد وشروطه وحكمه

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في أركان العقد .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : ذكر اختلاف الفقهاء في تحديد الركن في العقود .

المطلب الثاني : في بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة .

المطلب الثالث : في بيان الركن الثاني من أركان العقد : محل العقد .

المطلب الرابع : في بيان الركن الثالث من أركان العقد : العاقدين .

المبحث الثاني : في شروط العقد .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الشروط العامة .

المطلب الثاني : الشروط الخاصة .

المبحث الثالث : حكم العقد .

المبحث الأول ــ في أركان[1] العقد .

وفيه أربعة مطالب :

قبل الحديث عن أركان العقد أود أن أشير إلى أن الحديث عن هذه الأركان إنما هو على مقتضى المشهور الغالب وهو أن العقد لا يكون إلا بالمعنى الخاص ، والمراد أنه لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد ، أي أنه لابد من اجتماع إرادتين وتوافقهما ليتم التعاقد ، وأتناول من خلال بيان أركان العقد الشروط العامة لانعقاد العقود ، ذلك أن الشروط العامة لانعقاد العقد بعضها يرجع إلى الصيغة وبعضها يرجع إلى محل العقد وبعضها يرجع إلى العاقد ، وسوف أتناول أثناء بيان هذه الأركان الشروط العامة التي لابد من توفرها فيه .

وتجدر الإشارة إلى أن ركن العقد بناء على معناه العام عند الفقهاء والذي يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية ، يختلف باختلاف نوع التصرف ، فإن كان من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة كالعتق والطلاق ، انعقد بعبارة من له الإرادة المنشئة للعقد . وإن كان من التصرفات التي لا تتم إلا باجتماع إرادتين وتوافقهما ، كالبيع والإجارة ، فإن تحديد الركن مختلف فيه بين المذاهب كما يتبين من خلال المطلب الأول من هذا المبحث .

المطلب الأول ــ ذكر اختلاف الفقهاء في تحديد الركن في العقود .

اختلف الفقهاء في تحديد الركن على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية [2] إلى أن لكل عقد ركناً واحداً فقط وهو : الصيغة ، وهي عبارة عن الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما .

---

(1) الأركان جمع ركن وهو لغة : جانب الشيء القوي الذي يتوقف عليه وجوده لكونه جزءاً من ماهيته كتكبيرة الإحرام بالنسبة للصلاة ، والصيغة بالنسبة للعقد .

الركن شرعا : ما يتقوم به الشيء أي يدخل في قوامه فيكون جزءاً من الماهية .

[انظر : أنس وآخرون / **القاموس المحيط** (م : ركن) : ٢٢٩/٤ ؛ منلا خسروا / **مرآة الأصول** : ٣٩٩/٢ ؛ ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٥٩/٣ ؛ البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٣٠/٢ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ١٢٨/٢ ــ ١٢٩] .

(2) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ١٣٣ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠٤/٤ .

أما العاقدان ، والمحل المعقود عليه فهما من مقومات [1] العقد الأساسية التي لا يمكن تصور وجود العقد دونهما ؛ لأنه يلزم لوجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين ، ومحل يظهر فيه أثر الارتباط بين العاقدين .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة [2] إلى أن لكل عقد ثلاثة أركان هي :

١ـ الصيغة ، وهي عبارة عن الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما .

٢ـ العاقدان ـ طرفا العقد ـ ،كالبائع والمشتري في عقد البيع .

٣ـ المعقود عليه ـ محل العقد ـ ، ومثاله في عقد البيع المبيع والثمن .

وإذاً فهذه الأركان الثلاثة تؤول في الحقيقة إلى ستة كما تبين مما سبق .

سبب الخلاف :

سبب الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء اختلافهم في تعريف الركن اصطلاحاً ، فالركن عند جمهور الفقهاء أوسع منه عند الحنفية [3].

قال في حاشية الجمل عند بيانه أركان عقد البيع أنها " الأمور التي لابد منها ليتحقق العقد في الخارج ، وتسمية العاقد ركناً أمر اصطلاحي وإلا فليس جزءاً من ماهية البيع التي توجد في الخارج التي هي العقد ، وإنما أجزاؤه : الصيغة واللفظ الدال على المعقود عليه فبهذا الاعتبار كان المعقود عليه ركناً حقيقيا أي جزءاً من الماهية الخارجية التي هي العقد فكان ركناً باعتبار أنه يذكر في العقد " [4].

---

(١) قوام الشيء لغة : بالفتح والكسر ، أي عماده الذي يقوم به وينتظم . [انظر : (م : قوم): الفيومي / **المصباح المنير** : ١٩٨ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٢٣٣] .

(٢) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ٧٠) : ٨٣/٢ ؛ الدسوقي /**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٢/٣ ؛ الدردير / **الشرح الصغير** : ٣/٢ ؛ الصاوي / **بلغة السالك** : ٣/٢ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٥/٥ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣/٢ ؛ الأنصاري / **شرح المنهج وحاشية الجمل عليه** : ٥/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٤٠/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع**: ١٤٦/٣.

(٣) انظر : البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٣٠/٢ ـ ١٣١ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٣١/٢.

(٤) الجمل : ٥/٣ .

وهذا الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء اختلاف في الاصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة ؛ لأنهم جميعا متفقون على أن أي عقد من العقود لا يتصور وجوده دون وجود الصيغة والعاقد والمعقود عليه .

المطلب الثاني – في بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة .

لا خلاف بين الفقهاء في أن الصيغة ركن في كل العقود [١]، فهي أصل العقود ، وهي السبب المنشئ للعقد من حيث إنها هي التي أثبتت الحكم وبها وجد ، فالألفاظ أو ما يقوم مقامها تُظهر إرادة العاقد ورغبته في إنشاء العقد ، ومن ثم يترتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ، ولا تترتب الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ، ولا على مجرد الألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علما ، بل إن الله عز وجل تجاوز للأمة ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به ، وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به .

فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم ، هذه قاعدة الشريعة [٢] .

وفي هذا المطلب أتناول بيان الركن الأول من أركان العقد : الصيغة ، وذلك بذكر تعريفها وشروطها كما يلي :

الفرع الأول . تعريف الصيغة لغة واصطلاحا :

أ . الصيغة في اللغة :

مؤنث الصيغ ، يقال : صَاغَ الشيء يَصُوغُه صَوْغاً وصِياغةً وصُغْتُه أصوغُه صِياغةً وصِيغةً صنعه على مثال مستقيم . والمعدن : سبكه . والكلمة اشتقها على مثال ، والكلام هيَّئه ورتبه . وصيغة الأمر هيئته التي بُني عليها ، وصيغة الكلمة : هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها [٣] .

---

(١) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠٤/٤ ؛ الدسوقي / **حاشية الدسوقي** : ٢/٣ ؛ الصاوي / **بلغة السالك** : ٣/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣/٢ ؛ الأنصاري / **شرح المنهج** : ٥/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٤٠/٢ .

(٢) انظر : ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٣/ ٨٦ ، ٩٦ — ٩٧ .

(٣) انظر : مادة (صوغ) : أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٥٢٨/١ — ٥٢٩ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٣٤ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ٤٤٢/٨ .

ب ـ الصيغة في الاصطلاح :

تطلق الصيغة عند الفقهاء ويراد بها : الألفاظ ـــ أو ما يقوم مقامها ـــ التي تصدر عن العاقد تُعبِّر عن إرادته في إنشاء العقد وتدل على رضاه ، ويُعبِّر عنها الفقهاء بالإيجاب والقبول [١] .

فالألفاظ والعبارات هي الأصل في التعبير عما يريد الإنسان ، ويقوم مقامها الكتابة ، والإشارة ، والرسالة ، والمعاطاة [٢] ، وقد اتفق الفقهاء في الجملة على أن الإيجاب والقبول كما يحصلان بالألفاظ يحصلان بالكتابة والإشارة والرسالة والمعاطاة ، إلا أنهم اختلفوا في حكم انعقاد بعض العقود بهذه الوسائل .

وفيما يلي لمحة موجزة لأقوال الفقهاء في حكم انعقاد العقود بهذه الوسائل :

أولا ـ التعاقد بالكتابة :

اختلف الفقهاء في جواز التعاقد بالكتابة على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في القول الراجح ـــ وهو المذهب كما ذكر النووي [٣] ـــ ، والحنابلة ، إلى أن الكتابة تقوم مقام اللفظ في إنشاء العقود ، بين حاضرين وبين غائبين ، مع القدرة على النطق ومع عدمه ، إذا

---

(١) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢/ ٢٢٩ ؛ ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠٤/٤ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه** : ٣/٢ ؛ الحطاب/ **مواهب الجليل** : ٤١٩/٣ ، ٢٢٨/٤ ـــ ٢٢٩ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٣٨/٣ ـــ٣٣٩ ؛ الأنصاري / **شرح المنهج** : ٥/٣ ؛ الجمل / **حاشية الجمل** : ٥/٣ ؛ ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٨٦/٣، ٩٧ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م :٢٢١) : ١١٧ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٣٠٠/١.

(٢) المعاطاة هي : التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول ، وتسمى بالمعاطاة والتعاطي والمراوضة . [انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٧٥) : ١٢٣/١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ٣/٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١٨٥/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٤١/٢] .

(٣) **يحي بن شرف بن مرى الملقب بمحي الدين النووي (٦٣١ ـــ ٦٧٦هـ)** : أبو زكريا ، من أئمة الشافعية وعلمائهم المعروفين ، من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق . علاّمة في الفقه الشافعي والحديث واللغة . تعلم في دمشق ، وأقام بها زمناً .

من تصانيفه : (المجموع شرح المهذب) لم يُكلمه ، و(روضة الطالبين) في الفقه ، (تهذيب الأسماء واللغات) ، و(المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج) .

[انظر : ابن السبكي / **طبقات الشافعية الكبرى** : (٣٩٥/٨-٤٠٠) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٢٠٢/١٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (١٤٩/٨-١٥٠)] .

كانت مستبينة مرسومة ، واشترط الشافعية لانعقاد العقود بالكتابة النية ؛ لأنها من باب الكناية . واستثنى المالكية والشافعية والحنابلة عقد النكاح فلا ينعقد بالكتابة ؛ لاشتراط الشهادة عليه [1] .

القول الثاني : ذهب الشافعية في القول الثاني إلى أنه لا يصح إنشاء العقد بالكتابة بين حاضرين وبين غائبين ما لم يمنع من النطق باللفظ مانع [2] .

والصحيح ــ والله أعلم ــ هو قول جمهور الفقهاء ؛ لأنه القول الذي يؤيده الشرع والعقل . فالقران والسنة اقتصرا على اعتبار الرضا من غير تحديد وسائله ، والكتابة وسيلة من وسائل التعاقد تبين إرادة العاقد وعدم الاعتداد بها فيه مشقة وحرج ؛ لأن الحاجة قد تمس إليها .

ثانيا . التعاقد بالإشارة :

الإشارة إما من الناطق أو من العاجز عن النطق :

أما إشارة القادر على النطق فقد اختلف الفقهاء فيها هل تقبل كنطقه في إنشاء العقود أم لا ؟ على قولين :

القول الأول : مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة [3] ، أن إشارة من كان مستطيعا النطق لغو في الجملة ، إلا في مسائل معدودة نص عليها الحنفية والشافعية أقاموا فيها الإشارة مقام النطق .

وبناء على ذلك فلا ينعقد العقد بإشارته ، بل لا بد من التعبير عن إرادته إما بالقول أو الكتابة .

---

(١) انظر : ابن نجيم/ **الأشباه والنظائر** : ٣٣٩ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٣١/٢ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٦٩) : ٦١/١ ، (م : ١٧٣) : ١٢١/١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٣ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وبلغة السالك عليه** : ٣/٢ ، ٣٥٠ ، ٣٨٧ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٠/٣-٣٤١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٠٨- ٣٠٩ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥/٢ ؛ ١٤١/٣ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٣٨٠/٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٨/٢، ٣٩/٥ .

(٢) انظر : الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٤/١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٠/٣ ــ ٣٤١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٠٨ ــ ٣٠٩ .

(٣) انظر : : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٤ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٥/٥ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١٦٦/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣١٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٩/٥ .

القول الثاني : مذهب المالكية [١] ، أن الإشارة المفهومة الدالة على الرضا عرفا وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة سواء في ذلك القادر على النطق أم غير القادر .

وبناء على ذلك فإن إشارة القادر على النطق معتبرة كنطقه ما دامت مفهومة بين الناس ومتعارفا على مدلولها ، إلا في عقد النكاح خاصة .

والراجح ـــ والله أعلم ـــ هو ما ذهب إليه المالكية من أن الإشارة المفهومة الدالة على الرضا عرفا تعتبر وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة مطلقا من القادر على النطق وغير القادر ؛ لأن الرضا لم يوضع له حد في الشرع ، وإنما مرجع ذلك للعرف ، فكل وسيلة تعبر عن الرضا عرفا فلا مانع من انعقاد العقود بها ، إلا ما استثني .

وأما العاجز عن النطق كالأخرس ، فقد اتفق الفقهاء على أن إشارة الأخرس خرسا أصليا بأن ولد أخرس تقوم مقام النطق باللسان في جميع تصرفاته التعاملية القولية كإنشاء العقود والإقرارات وغيرها ، إذا كان لا يعرف الكتابة [٢] .

وخلاصة القول أن الإشارة المفهومة الدالة على الرضا عرفا وسيلة صالحة لإنشاء العقود من القادر على النطق وغير القادر ، لأن العقود تصح بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل وهذا ما تدل عليه أصول الشريعة [٣] .

ثالثا ـ التعاقد بالرسالة :

اتفق الفقهاء على جواز التعاقد بالرسالة في البيع والإجارة والنكاح والقرض والهبة وغيرها ، مع وجود تفريعات وصور مختلف فيها بين المذاهب [٤] .

---

(١) انظر : الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٢٩/٤ ؛ الصاوي / **بلغة السالك** : ٣/٢ .

(٢) فإن كان قادرا على الكتابة ، ففي المسألة خلاف وتفصيل ينظر في مظانه . وكذلك إن طرأ عليه الخرس .
انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٣ ـــ ٣٤٤ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٣١/٢ ، ١٣٥/٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٧٠) : ٦٢/١ ، (م : ١٧٤) : ١٢٢/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣١٢ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١٦٤/١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٣/٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٩/٥ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م :٢٣١) : ١٢٠ .

(٣) انظر : ابن تيميه / **مجموع الفتاوى** : ١٣/٢٩ وما بعدها .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٣١/٢ ، ٢٣٣ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٢٥٤/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٥٤/٦ ـــ ٢٥٥ ؛ الدردير / **الشرح الصغير** : ٣/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥/٢ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي** : ١٥٤/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٨/٣ .

رابعا - التعاقد بالتعاطي :

اختلف الفقهاء في التعاقد بالتعاطي في العقود المالية على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في قول ، والحنابلة [١] ، إلى جواز البيع بالتعاطي وغيره من المعاوضات كالإقالة والإجارة والشركة وغيرها .

القول الثاني : ذهب الشافعية في المشهور إلى اشتراط الصيغة لصحة البيع وما في معناه ، فقالوا : لا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير [٢] .

القول الثالث : ذهب الشافعية في قول ثالث بجواز المعاطاة في البيع في المحقرات دون الأشياء النفيسة [٣] .

والصحيح — والله أعلم — هو القول الأول ، وهو الراجح دليلا ؛ لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ فوجب الرجوع إلى العرف ؛ ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه ، ولأن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد النكاح لا ينعقد بالتعاطي باتفاق الفقهاء ، بل لا بد من القول للقادر عليه ؛ وذلك لخطورة هذا العقد وعظم الآثار المترتبة عليه ، ولأن عقد النكاح يشترط لصحته الإشهاد عليه ، وهذا غير ممكن عند التعاقد بالتعاطي ، لعدم تمكن الشهود من معرفة انعقاد العقد إلا بسماع الإيجاب والقبول [٤] .

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٢٥٢/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٥٢/٦ ؛ **مجلة الأحكام** (م : ١٧٥) : ١٢٣/١ ؛ حيدر / **درر الحكام** (شرح م : ١٧٥) : ١٢٢/١ ؛ **الشرح الكبير** : ٣/٣ ، ٢/٤ ؛ الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٣/٣ ، ٣٤٨ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٢٨/٤ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٣٨/٣ — ٣٣٩ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣/٢ ، البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٤١/٢ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٦٣/٤ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٢٩) : ١١٩ .

وانظر في هذا الموضوع : **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة** (العدد الثاني والعشرون — السنة السادسة ، ١٤١٥ هـ — ١٩٩٤م) ، الغطيمل ((الصيغة الفعلية وأثرها في إنشاء العقود)) : ١٥٠ — ١٧٧ .

(٢) انظر : النووي / **روضة الطالبين** : ٣٣٨/٣ — ٣٣٩ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣/٢ .

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ١٥٧) : ١٤٣/٣ ؛ ابن تيميه / **مجموع الفتاوى** : ٥/٢٩ ، ٩ وما بعدها .

خامسا . حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة :

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ما يلي:

"١- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه ، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) ، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب الموجه إليه وقبوله .

٢- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانيين متباعدين ، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي ، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليهم في الديباجة .

٣- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابا محدد المدة يكون ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة ، وليس له الرجوع عنه .

٤- إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ، ولا الصرف لاشتراط التقابض ، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال .

٥- ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات " [1] .

الفرع الثاني . شروط الصيغة :

اشترط الفقهاء في صيغة العقد شروطا لا ينعقد العقد بدونها ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : موافقة القبول للإيجاب [2] .

الإيجاب والقبول يدلان على توافق الإرادتين ـــ كما سبق تقريره ـــ ، لذا لابد أن يتوافق الإيجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد من مجموعهما .

---

(١) انظر : **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الثاني ، قرار رقم (٦/٣/٥٤) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة : ١٢٦٧ - ١٢٦٨.

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٦/٥ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (شرح م : ١٦٧) : ١١٤ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٢/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٦/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٦/٣ .

فإذا كان القبول مخالفا للإيجاب بأن ورد الإيجاب على موضوع والقبول على موضوع آخر ، أو ورد الإيجاب مقيَّدا بوصف والقبول مقيَّدا بوصف آخر ، فلا ينعقد العقد .

ففي عقد البيع مثلا يشترط أن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد العقد إلا إذا رضي البائع وأعاد الإيجاب [١].

وعلى سبيل المثال لو أوجب البائع في ثوب بمائة ريال حالة ، وصدر القبول من المشتري بتسعين حالة ، أو قبل الثوب بخمسة وعشرين دولار — وإن كانت تساوي مائة ريال — ، أو قبله بمائة مؤجَّلة ، لم يصح البيع إلا إذا رضي البائع وأعاد الإيجاب في ذلك البعض .

وفي عقد الزواج لو أوجب العاقد بإيجاب فيه مقدار من المهر ، وصدر عنها القبول بمهر آخر ، ففي هذه الحالة لم يتلاقِ الإيجاب والقبول و لم يتوافقا ، فلا يوجد العقد .

فإذا كانت مخالفة القبول للإيجاب إلى ما هو من مصلحة الموجب ، فإن العقد ينعقد مع هذه المخالفة ؛ لأنها مخالفة في الظاهر ، وتوافق في الحقيقة [٢]، فإذا قال ولي المرأة : زوجتك على مهر قدره خمسين ألف ، فقال الزوج : قبلت على مهر قدره مائة ألف ، فينعقد النكاح مع مخالفة القبول للإيجاب ؛ لأن هذه المخالفة في مصلحة الموجب ، بل إن في ذلك دلالة أبلغ على الرضا والقبول .

الشرط الثاني : اتصال القبول بالإيجاب . وصدورهما في مجلس العقد [٣] .

يشترط لانعقاد العقد اتصال القبول بالإيجاب ويحصل هذا الاتصال باتحاد مجلس العقد أي صدور كل من الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، لأن الإيجاب لا يكون جزءاً من العقد إلا إذا التحق به قبول ، فإذا اختلف المجلس لم ينعقد العقد لعدم التحاق القبول بالإيجاب .

ويستثنى من هذا الشرط بعض العقود ، تقتضي ألاّ يشترط فيها اتحاد المجلس ، بل إن بعض هذه العقود لا يصح فيه القبول في المجلس ، منها :

---

(١) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٧٧) : ١٢٦/١ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (شرح م : ١٧٧) : ١٢٦/١ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٢٧) .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٥٢/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٧٨) : ١٢٨/١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٢/٣ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٧/٥ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٤٠/٤ — ٢٤١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥/٢— ٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٧/٣ — ١٤٨ .

١- **عقد الوصية** : وهي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الملك عينا أم منفعة [1] ، كالوصية بمبلغ من المال أو بمنفعة عين كدار أو سيارة لشخص ، فيصدر الإيجاب فيها حال حياة الموصى ، ولا يعتبر القبول من الموصى له إلا بعد وفاة الموصي ، فلا تنعقد الوصية إذا قبلها الموصى له في مجلس الإيجاب أو بعده في حياة الموصي [2] .

٢- **عقد الوصاية** : وهو تكليف بالتصرف بعد الموت فيما كان له التصرف فيه . كقضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما فيه منفعتهم ، ويسمى المكلف بذلك وصيا [3] ، ولا يشترط في الوصاية أن يكون القبول في مجلس الإيجاب ، بل يمتد زمنه إلى ما بعد الموت ، وعلى كل حال لا يصبح وصيا إلا بعد وفاة الموصي [4] .

٣- **الوكالة** : وهي " استنابة جائز التصرف لمثله فيما تدخله النيابة " [5] ، وتصح إذا قبلها الوكيل في غير مجلس الإيجاب ؛ لأن قبولها قد يكون باللفظ أو بالفعل بأن يشرع الوكيل في فعل ما وكّل به ، ولا يتضرر الوكيل أو الموكِّل بسبب غيابه ؛ لأن الوكالة من العقود الجائزة فله الرد في أي وقت شاء [6].

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤٤٤/٦ ، ٥١٠ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٥٣٨/٢ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٣٢/٧-٣٣٣ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٢٤/٤ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٤٥/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٠ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤٦٧/٦ .

(٣) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٩٨/٦ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٥٣٨/٢ .

(٤) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٧٠٠/٦-٧٠١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٥١/٤-٤٥٢ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٥٠/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٠ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ٦٠٦ .

(٥) البهوتي / **كشاف القناع** : ٤٦١/٣ .

(٦) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٧/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٤٥١) : ٥٢٦/١١ ؛ حيدر / **درر الحكام** : ٥٤١/١١ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ١٣٢/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٢٢/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٠٠/٢ ، ٣٠٥ .

ويختلف مجلس العقد باختلاف حالة المتعاقدين وطبيعة العقد وكيفية التعاقد ، فمجلس العقد في حالة حضور العاقدين يختلف عن مجلس العقد في حال غيابهما ، وأيضا فإن مجلس العقد في حالة الإيجاب والقبول بالألفاظ يختلف عن حال التعاقد بالكتابة والرسالة .

فمجلس العقد في حالة حضور العاقدين هو الاجتماع الواقع للعقد [(١)]، ويشترط لتحقق الاتصال بين الإيجاب والقبول ألاّ يصدر من العاقدين أو من أحدهما ما يدل على إعراضه عن العقد بأن يفصل بينهما بكلام أجنبي لا صلة له بموضوع العقد ؛ لأن الفصل بكلام أجنبي يعد قرينة تدل على الإعراض عن العقد والانصراف عنه ، وأساس التفرقة بين ما يُعدُّ إقبالا على العقد أو إعراض عنه هو العرف [(٢)].

وهل يشترط الفورية أو التراخي في القبول ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة [(٣)]، إلى أنه لا يشترط القبول على الفور ، فإذا تراخى القبول عن الإيجاب ولم يحصل من العاقدين أو أحدهما ما يدل على إعراضه عن العقد ثم صدر القبول في آخر المجلس ، تَمَّ العقد . فالمجلس جامع للمتفرقات ، وقد جعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر ، وليكون للقابل فسحة من الوقت للتروي والتفكير [(٤)].

ولا يصح أن يمتد وقت تخيير القابل إلى ما بعد المجلس ، لأن في ذلك ضرراً بالموجب ، فلا يعلم مآل إيجابه هل هو إلى القبول أم إلى الرفض ؟

فإذا تفرق المجلس من غير قبول ألغي الإيجاب ، ولتكوين العقد من جديد لابد من إيجاب جديد .

---

(١) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٨١) : ١٣٢/١.

(٢) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٢٧/٤ — ٥٢٨ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٤٠/٤ — ٢٤١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥/٢— ٦ ؛ البهوتي /**كشاف القناع** : ١٤٧/٣ — ١٤٨ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م :٢٢٦) : ١١٨ .

وقد ذكر الفقهاء أمثلة وصورا لما يعد إعراضا عن العقد ، ومرجع ذلك إنما هو للعرف .

(٣) انظر : ابن الهمام /**فتح القدير** : ٢٥٤/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٨٢) : ١٣٢/١ ؛ الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٥/٣ ؛ المرداوي /**الإنصاف** : ٢٦٣/٤ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٤١/٢.

(٤) انظر : البابرتي / **العناية على الهداية** : ٢٥٣/٦ — ٢٥٤ .

جاء في الهداية : " وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض والرجوع " [١].

القول الثاني : ذهب الشافعية إلى أن القبول يجب أن يكون فور الإيجاب ، فقالوا : يشترط ألاّ يطول الفصل بين الإيجاب والقبول بسكوت ولو سهوا أو جهلا على المعتمد ؛ لأن طول الفصل يُخرِجُ الثاني عن أن يكون جوابا للأول . فيضُرّ تخلل كلام أجنبي — ولو يسيرا — بين الإيجاب والقبول وإن لم يتفرقا عن المجلس [٢].

والصحيح — والله أعلم — التوسط بين القولين أي أنه لا يشترط القبول على الفور ، فإذا تراخى القبول عن الإيجاب ولم يحصل من العاقدين أو أحدهما ما يدل على إعراضه عن العقد ثم صدر القبول تمّ العقد ، على ألاّ يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، فلا يضر تخلل كلام أجنبي يسير بين الإيجاب والقبول إلا إذا دلّ على الإعراض عن العقد ، كما أن طول الفصل بين الإيجاب والقبول يضر العقد وإن لم يتفرقا عن المجلس ، ومآل ذلك إلى العرف .

وفي حالة غياب العاقدين فإن مجلس العقد — كما يظهر من نصوص الفقهاء — هو مجلس قبول من وُجِّه له الكتاب ، أو أرسل له الرسول .

والمعتبر في اتصال القبول بالإيجاب في حالة التعاقد بين الغائبين هو مجلس القبول ، فإذا وصل الإيجاب إلى المخاطب بالكتاب أو الرسول وقبل المخاطب في مجلسه دون إعراض ، انعقد العقد ، أما إذا انفض المجلس أو صدر من العاقد ما يدل على إعراضه عن القبول ، فلا ينعقد العقد ، فلو بعث الموجب رسوله فقال : اذهب إلى فلان فقل له إن فلانا باعك أرضه بكذا ، فذهب فأخبره فقبل ، انعقد البيع ؛ لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما [٣] .

---

(١) المرغيناني : ٢٥٦/٦ .

(٢) انظر : النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٢/٣ ؛ القليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ١٥٤/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥/٢— ٦.
والمراد بالأجنبي ما ليس من مقتضيات العقد ولا من مصالحه ولا من مستحباته .

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥١٢/٤ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٥٤/٦- ٢٥٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٨/٥ .

الشرط الثالث : بقاء الإيجاب قائما حتى يصدر القبول .

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة [١] إلى أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل القبول ، سواء أفي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ونحوها ، أم في عقود التبرعات ؛ لأن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب ولاية القبول فله أن يرفعها كعزل الوكيل ، ولأنه لو لم يجز الرجوع للزم تعطيل حق الملك بحق التملُّك ، ولا يعارض حق التملُّك حقيقة الملك [٢].

وعلى هذا إذا رجع الموجب في إيجابه قبل قبول العاقد الآخر ، فقد سحب الإيجاب وصار كأن لم يكن ، فيعتبر القبول بعد ذلك واردا على غير إيجاب [٣].

وذهب المالكية [٤] إلى أن الموجب إذا رجع عن إيجابه قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول .

والأولى هو مذهب جمهور الفقهاء ؛ لأنه لا مانع يمنع من رجوعه عن إيجابه ، بل إن الشافعية والحنابلة يرون صحة خيار المجلس وهو يقتضي رجوع الموجب عن إيجابه بعد قبول العاقد الآخر فمن باب أولى يصح رجوعه قبل اتصال القبول به [٥].

مبطلات الإيجاب [٦] :

مما تقدم ذكره تتلخص مبطلات الإيجاب فيما يلي :

---

(١) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٥٣/٦ ــ ٢٥٤ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (شرح م : ١٦٧) : ١١٤ ، (شرح م : ٢٨٤) : ١٣٤/١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ٤/٣ ؛ الماوردي / **الحاوي الكبير**: ١٦/٦ ، ٣٤ ، ٤٨ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٧/٣ ــ ١٤٨ ، ١٩٨ وما بعدها ، القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٢٦) : ١١٨) .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٥٤/٦ .

(٣) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٢٧/٤ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٨٤) : ١٣٤/١ .

(٤) انظر : الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٤٠/٤ ــ ٢٤١ ؛ القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٣٥٧/٣ .

(٥) انظر تفصيل القول في هذه المسألة ، ص : ٥٤ - ٦٣ .

(٦) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ، ٢٥٤ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٢٥٦/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** : (م : ١٨٢) : ١٣٢/١ ، (م : ١٨٤) : ١٣٤/١ ؛ حيدر / **درر الحكام** : ١١٤/١ ، ١٣٤ ، ١٤٤ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٤٠/٤ ــ ٢٤١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ٥/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٦/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٨/٣ ، ١٥١ .

١- رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول في المجلس ، على رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة .

٢- رفض الإيجاب من الطرف الآخر ، إما صراحة برفض القبول ، أو ضمنا كأن يعرض عنه إما بالقيام من مجلس العقد ، أو بانتهاء مجلس العقد عرفا ، كالحديث بكلام لا صلة له بموضوع العقد .

٣- خروج أحد العاقدين عن أهليته قبل القبول بالموت أو بالجنون أو بالإغماء ونحوه ؛ لأن العقد يتوقف على توافر الأهلية ، فإذا فقدت لم ينعقد العقد .

٤- هلاك محل العقد قبل القبول يبطل الإيجاب ؛ لعدم وجود المحل ، وكذلك إذا تغيرت صفات المحل .

المطلب الثالث ـ في بيان الركن الثاني من أركان العقد : محل العقد .

تقدم في المطلب السابق بيان الركن الأول من أركان العقد وهو الصيغة ، وفي هذا المطلب أتناول بالبحث الركن الثاني من أركان العقد وهو محل التعاقد ، وذلك بذكر تعريفه وشروطه كما يلي :

الفرع الأول . تعريف محل العقد :

المراد بمحل العقد ـ المعقود عليه ـ : ما وقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه وأثاره . وقد يكون عينا مالية كالمبيع والمرهون والموهوب ، وقد يكون عينا غير مالية ، وقد يكون منفعة كمنفعة الشيء المأجور ، وكمنفعة الشخص في إجارة الأعمال [1].

---

(١) وهل الثمن محل البيع كالمبيع ؟ مذهب الحنفية أن المبيع ركن العقد لأنه محل إضافة الصيغة إليه ، والثمن حكم العقد لأنه غير داخل في حقيقة العقد ، بل هو حكم العقد وموجبه كما أن الموهوب ركن الهبة والثواب حكمها وموجبها . وإنما يجب تسليمه تحقيقا للمساواة بين العوضين .

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة أن موجب عقود المعاوضات التسوية بين العوض والمعوض ذاتا ووصفا وحكما . أما ذاتا : فبأن يكون كل منهما مالا . وأما وصفا : فبأن يكون كل واحد منهما جائز أن يكون حالا ومؤجلا ، ودينا وعينا . وأما حكما : فبأن يكون كل واحد منهما ركنا مقصودا بالعقد .

انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١/٢٢٠ ؛ البخاري/ **التوضيح على التنقيح** : ١/٢٢٠ ؛ البخاري/**كشف الأسرار** : ١/٥٤٧ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٤/٥٠١ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٥٠) : ١/ ١٠٦ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٤/٢٥٨ ؛ =

الفرع الثاني . شروط محل العقد :

لمحل العقد في الفقه الإسلامي ــ ماليا كان أو غير مالي ــ شروط لا ينعقد بدونهـــا ، يمكن إجمالها بصفة عامة كما يلي ، مع مراعاة الاختلاف في التفاصيل :

أولا . أن يكون محل العقد قابلا للتعاقد شرعا [١] .

يشترط في محل العقد أن يكون قابلا للتعاقد شرعا ، بمعنى ألاّ يكون التصــرف فيــه مخالفا للشرع ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء بصفة عامة مع الاختلاف في التفاصيل .

جاء في بداية المجتهد في معرض الحديث عن الإجارة : " فأما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه ، وقد تقدم ذلك في كتاب البيوع . وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس مـــا لم ينه الشرع عنه ، وفي كل ذلك مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ، فمما اجتمعـــوا علـــى إبطال إجارته : كل منفعة كانت لشيء محرم العين ، كذلك كل منفعـــة كـــانت مُحرَّمـــة بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت فرض عـــين علـــى الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها " [٢].

وجاء في الأشباه والنظائر : كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فـــهو بـــاطل . فلذلك لم يصح بيع الحر ، ولا نكاح المَحرم ، ولا المحرِم ، ولا الإجارة على عمل مُحرَّم [٣].

وعلى هذا فإن لم يكن المحل قابلا للتعامل شرعا ، لم يصح أن يرد عليه العقد ومـــن ثم يكونُ العقد باطلا . وهو في كل عقد بحسبه .

ففي عقود المعاوضات المالية على سبيل المثال يتوفر هذا الشرط في محل العقد كقـــاعدة

- الزنجاني / **تخريج الفروع على الأصول** : ١٩٧ ــ ٢٠٢ (وفيه ما يتفرع على هذا الخلاف من مســـائل) ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٢١) : ١١٧ .

(١) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣٦١) : ٣٢٤/١ .

(٢) ابن رشد : ١٦٦/٢ .

(٣) السيوطي (بتصرف يسير بالحذف) : ٢٨٥ .

عامة إذا كان مالا [(١)] متقوما مملوكا لم يتعلق به حق لازم .

فلا يجوز التعامل في الأموال غير المتقوّمة في عرف الشرع ، وبناء على ذلك فقد قـــرر الفقهاء عدم جواز التعامل في صور ، منها :

١- إذا كان محل العقد حرًّا ، لأن الحر ليس بمال فلا يجوز بيعه ولا رهنه ولا التعـــامل في عضو من أعضائه [(٢)].

هذا وينبغي التنبيه إلى أنه وقع الخلاف بين الفقهاء في جواز بيع لبن الحرة وشعر الآدمي على قولين : فذهب الحنفية ، وجماعة من فقهاء الحنابلة ، إلى عدم جواز ذلك ؛ لأنه ليـــس بمال فلا يجوز التعامل به

وذهب الإمام الشافعي ، والإمام مالك ، وجماعة من فقهاء الحنابلة ، إلى جواز ذلـــك ؛ لأن اللبن والشعر طاهر منتفع به فيجوز التعامل به [(٣)].

---

(١) المال عند الحنفية هو : " ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة " والتقييد بإمكان الادخار هـو لإخراج المنفعة لأنها عند فقهاء الحنفية من قبيل الملك لا المال . وكما يخرجون المنافع من معنى المالية ، يخرجـون أيضا الحقوق المحضة كحق التعلي ، وحق الأخذ بالشفعة ، وحق المرور ، والشرب والمسـيل . بـل إنهـم لا يعتبرون الديون في الذمم أموالا ؛ لأنها ما دامت في الذمم فهي أوصاف شاغلة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقـة وإنما يقبض ما يعادلها . فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالا لصاحبه ، ولذا فإنهم لا يوجبون الزكاة في الديـون قبل قبضها. أما عند جمهور الفقهاء فالمال أوسع نطاقا إذ أنه يشمل كل ما فيه نفع ، وما لا نفع فيه فليس بمـال. [ابن عابدين / **رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠١/٤ . وانظر : ابن عابدين / **رد المحتار على الدر المختـار** : ٥٠١/٤ ـ ٥٠٢ ، ٥٠/٥ ـ ٥١ ؛ ابن نجيم / **لبحر الرائق** : ٢٧٧/٥ ؛ ابن عابدين / **منحة الخالق علـى البحر الرائق** : ٢٧٧/٥ ؛ ؛ **مجلة الأحكـام العدليـة** (م : ١٢٥) : ١٠٠/١ ، (م : ١٢٦) : ١٠٠/١ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (شرح م : ١٢٦) : ١٠٠/١ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيـح** : ١٧١/١ ؛ الشاطبي / **الموافقات** : ١٤/٢ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/ ٢٢٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٧ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥٢/٣ ؛ القاري / **مجلة الأحكـام الشـرعية** (م : ١٨٢) : ١١٠ ؛ **المدخل الفقهي العام** : ١١٦/٣ ـ ١١٧] .

(٢) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢١٠) : ١٥٩/١ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤٠/٥ ؛ ابن عـابدين / **رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠٥/٤ ؛ الشيرازي / **المـهذب**: ٢٦١/١ ؛ الحطـاب / **مواهـب الجليـل** : ٢٦٣/٤ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٠٧/٤ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤٥/٥ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٦٥/٤ ؛ النووي / **المجمـوع** : ٢٥٤/٩ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥٥/٣ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٧٧/٤ ؛ البهوتي / **شرح منتـهى الإرادات** : ١٤٢/٢ .

٢- إذا كان محل العقد نجسا ، كالميتة والدم والخمر والخنزير، ويلحق بذلك المُتنجِّس الذي لا يمكن تطهيره ، كالمائعات المختلطة بالنجاسات [(١)].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء وإن اتفقوا على منع التعامل في النجاسات ؛ لعدم ماليتها ، إلا أنهم اختلفوا في التطبيقات والفروع ، وذلك نظرا لاختلافهم في نجاسة ذلك الشيء ، فمن يرى نجاسته منع التعامل به ، ومن يرى عدمها جَوَّز التعامل به .

٣- إذا كان محل العقد غير منتفع به ، سواء أكان مما لا ينتفع به في الواقع بأوجه النفع التي تقصد عادة من الشيء ، كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد وغير ذلك ، أم كان مما فيه نفع لا يجيزه الشرع [(٢)] كالآت اللهو من المزمار والطبل وغيرها [(٣)].

وتجدر الإشارة هنا أيضا إلى أن اختلاف الفقهاء في التطبيقات والفروع ناتج عن اختلافهم في نظرتهم إلى محل العقد هل هو مما ينتفع به فيجوز التعامل به أم لا ؟ فمن يرى أنه مما ينتفع به جَوَّز التعامل به وأخذ العوض عنه ، ومن يرى أنه مما لا يجوز التعامل به منع التعامل به .

كما لا بد أن يكون محل العقد مملوكا ، فلا يجوز التعامل فيما يقبل الملك قبل تَملُّكه ، كالطير في الهواء والسمك في الماء ، ولا فيما لا يقبل الملك من الأموال العامة أو المشتركة ، كالمراعي والطرقات والأسواق وغيرها [(٤)].

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤١/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م :٢١١) : ١٦٠/١ ، (م : ٣٦٣) : ٣٢٦/١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٠/٣ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٥٩/٤،٢٦١ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٣ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٤٩ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦١/١ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٦٧) : ١٣١ ، (م : ٢٧٧ ، ٢٧٨) : ١٣٥ .

(٢) وفقا للقاعدة الفقهية : المعدوم شرعا كالمعدوم حسا . [انظر : الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** (ق : ٢) : ١٣٨] .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤٤/٥ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٦٣/٤ ؛ الشيرازي / **المهذب**: ٢٦١/١ ؛ النووي / **المجموع** : ٢٣٩/٩ ــ ٢٤٠ ، ٢٥٦ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥٢/٣ ــ ٣٥٤ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٤٩ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١١/٢ ــ ١٢ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦١/١ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٧٠/٤ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م :٢٧٩) : ١٣٦ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤٦/٥ ــ ١٤٧ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م :٣٦٥) : ٣٢٨/١ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٢/١ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥٧/٣ ــ ١٥٨ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٩٣/٤ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٦٨) : ١٣١ ، (م : ٢٨١) : ١٣٦ ، (م: ٥٧٠) : ٢١٩ .

وأخيرا فإنه لا بد ألاّ يتعلق بمحل العقد حق لازم ، سواء أكان حقاً لله تعالى أم حقاً لآدمي [1].

وكقاعدة عامة فإنه يمتنع التعامل في المحل إذا كان التعامل فيه يُفوِّت حقا لله ، كالمساجد والبيت الحرام ، فإن التعامل فيها يُفوِّت حقا لله تعالى لذا يقرر الفقهاء عدم جواز ذلك . فحق الله تعالى لا يجوز التنازل عنه ولا الإبراء منه ولا التصالح عليه ولا الاتفاق على ما يخالفه أو يفوته [2] .

وكذا إذا تعلق بمحل العقد حق لآدمي فإنه يمنع التعامل به بما يفوت هذا الحق ، كالمرهون بعد قبضه لتعلق حق المرتهن به ، وكذا الموقوف لتعلق حق الموقوف عليه به [3] .

ثانيا - أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد :

اتفق الحنفية والشافعية على أن محل العقد يجب أن يكون موجودا عند التعاقد على الصفة التي تم عليها التعاقد ، سواء أكان التصرف من عقود المعاوضات أم عقود التبرعات .

ويستثنى من إطلاق هذا الشرط الذي جعلوه قاعدة عامة بعض العقود ، فأجازوها مع عدم وجود المحل حين التعاقد ، استحسانا لتعارف الناس عليها وحاجتهم لها ، وإقرار الشرع صحتها ، كالسلم مع عدم وجود المسلم فيه ، والاستصناع مع عدم وجود العمل ، والإجارة مع عدم وجود المنفعة والمساقاة وغيرها [4] .

ويرى المالكية وجوب تحقق هذا الشرط في المعاوضات المالية ، أما في عقود التبرعات كالهبة والوقف والرهن ، فلا يشترط أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد ويكفي أن يكون محتمل الوجود في المستقبل ، فيجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود بلا خلاف عندهم [5] .

---

(١) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م :٣٦٥) : ٣٢٨/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٤٩ .

(٢) انظر : الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٦٣/٤ .

(٣) انظر : المواق / **التاج والإكليل** : ٢٦٨/٤ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٦٩/٤ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٤٩ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٨/٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣٦٣) : ٣٢٦/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٤٩ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٢/٢-١٢٣.

(٥) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٤٧/٢ ؛ القرافي / **الفروق** (ف: ٢٤) : ١٥٠/١ — ١٥١ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** (بهامش الفروق) : ١٧٠/١ — ١٧١؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤١ ، ٢٤٣ .

ولم يشترط الحنابلة أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد ، واكتفوا بمنع بيع الغرر المنهي عنه ، كبيع الحمل في بطن أمه ، وبيع اللبن في الضرع . وأجازوا ما عدا ذلك .

فيجوز بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة ، كبيع الدار على الهيكل أو الخريطة ؛ لأنه لم يرد النهي عن بيع المعدوم بل المنهي عنه بالنص هو بيع الغرر سواء أكان موجود أم معدوم ، فالعلة في المنع هي الغرر لا العدم [1] .

ثالثا ـ القدرة على تسليم محل العقد :

اتفق الفقهاء على أن القدرة على تسليم محل العقد وقت إبرام العقد شرط لانعقاده ، لأن العقد لا ينعقد إلا لفائدة ولا تتحقق الفائدة إذا لم يتمكن العاقد من تسليم المعقود عليه حال العقد [2] .

واستثنى الإمام مالك من عموم هذا الشرط عقود التبرعات ، فأجاز فيها أن يكون محل العقد غير مقدورا على تسليمه . فيصح عنده هبة الحيوان الفار وإعارته والوصية به . ووجه هذا القول أن المتبرع محسن ، والمتبرع له لا يلحقه ضرر بعدم التنفيذ لعدم المقابل ، فلا يكون هناك ما يؤدي للخصام بخلاف المعاوضات المالية [3] .

رابعا ـ العلم بمحل العقد :

القاعدة العامة عند الفقهاء في عقود المعاوضات المالية المحضة ، كالبيع مبيعا وثمنا ، والإجارة منفعة وعملا وأجرة : أن محل العقد يجب أن يكون مُعينًا وقت التعاقد وإلا كان العقد باطلا ، وتعيين المحل يكون بالعلم به علما يمنع الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى

---

(١) انظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ١٦٣/٣وما بعدها ؛ ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٢/٧-٨ ؛ الزحيلي / **الفقه الإسلامي وأدلته** : ١٧٤/٤ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٨٧/٤ ، ١٤٧/٥ ، ١١٩/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٩٨) : ١٥٢/١ ، (م : ٢٠٩): ١٥٨ ؛ (م : ٣٦٣) : ٣٢٦/١ ؛ الدردير/ **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١١/٣ ؛ المواق / **التاج والإكليل** : ٢٦٨/٤ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٣/١ ؛ **مغني المحتاج** : ١٢/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٦٢/٣ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٧٣): ١٣٢ ، (م: ٥٧١) : ٢١٩.

(٣) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ٢٤) : ١٥١/١ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤١ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٤٧/٢ .

المنازعة ، وذلك يتحقق إما بالإشارة إليه إذا كان موجودا ، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، أو بوصفه ببيان جنسه ونوعه ومقداره [١] .

أما تحقق هذا الشرط في غيرها من العقود فمحل خلاف بين الفقهاء ، وخلاصة القول فيه كما يلي :

يرى الحنفية وجوب تحقق هذا الشرط في المعاوضات المالية وغير المالية ، أما عقود التبرعات كالوصية والكفالة ، فيصح التبرع مع جهالة المحل ، فلو أوصى شخص بجزء من ماله جاز ، ويكون البيان متروكا للورثة . ولو قال الكفيل : أنا ضامن ما على فلان من مال جاز [٢] .

أما المالكية فلم يشترطوا هذا الشرط في عقود المعاوضات غير المالية ، كالنكاح ، فأجازوا فيه الغرر القليل دون الكثير ؛ لتوسطه في الشبه بين المعاوضات المالية والتبرعات .

وأيضا لم يشترطوا هذا الشرط في عقود التبرعات ، كالصدقة والهبة ، فأجازوا التبرع بالمجهول في الجنس والقدر ؛ لأنها إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال ، فإن فاتت على من أحسن إليه به لم يتضرر لأنه لم يبذل شيئا ، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول [٣] ، كوهبتك ما في يدي إن حصل القبول .

وأما الشافعية فلا بد من تحقق هذا الشرط في عقود المعاوضات المالية وفي غير المالية كعقد النكاح ، وفي عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف [٤] .

وأما الحنابلة فلهم في ذلك تفصيل : فعقود التمليكات المحضة كالبيع والصلح بمعناه ، وعقود التوثيقات كالرهن والكفالة ، والتبرعات اللازمة بالعقد أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة ، فيشترط فيها العلم بمحل العقد ، فلا تصح في مبهم من أعيان متفاوتة ، كشاة من

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٧٩/٤ — ١٨٠ ، ١٥٦/٥ ، ١٥٨ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٠٠) : ١٥٢/١ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٧٦/٤ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٣/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٦٣/٣ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٦٩) : ١٣٢ .

(٢) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٢٨٣/٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣/٦ .

(٣) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤١ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٤٧/٢ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه** : ٢٩٠/٢ ؛ القرافي / **الفروق** (ف : ٢٤) : ١٥٠/١ - ١٥١ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** (بهامش الفروق) : ١٧٠/١ - ١٧١.

(٤) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٠/٢-٤٠١ ، ٤٠٣ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٣؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٣/١ — ٢٦٦.

قطيع ، وكفالة أحد هذين الرجلين ، وضمان أحد هذين الدَّينين ، وتصح في مبهم من أعيان متساوية مختلطة .

وأما عقود المعاوضات غير المتمحضة كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ، ففي صحتها على مبهم من أعيان مختلفة وجهان ، أصحهما الصحة .

وأما عقود التبرعات كالوصية والإعارة ، فتصح في المبهم ، وكذلك عقود المشلوكات والأمانات المحضة ، مثل أن يقول : ضارب من هذه المائة بخمسين . فأما إن كان الإبهام في التملك فإن كان على وجه يؤول إلى العلم كقوله : أعطوا أحد هذين كذا صحت الوصية ، وإن كان على وجه لا يؤول للعلم كالتوصية لأحد هذين ففيه روايتان وعلى الصحة يميز بالقرعة .

وهذه الشروط الثلاثة يجمعها أصل واحد هو : انتفاء الغرر والجهالة [١].

يقول ابن رشد [٢] : " والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه " [٣] .

المطلب الرابع — في بيان الركن الثالث من أركان العقد : العاقدان .

يتطلب العقد لوجوده ونفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون العاقد ذا أهلية أداء ، وذا ولاية على العقد ؛ فالعاقد لا بد له من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه ، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره .

---

(١) انظر : **القواعد النورانية** (فصل القاعدة الثانية في المعاقد حلالها وحرامها) : ٨١ — ٨٢ .

(٢) **محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي القرطبي ، الشهير بابن رُشْد الحفيد (٥١٤ — ٥٩٥هـ)** : أبو الوليد ، فقيه مالكي ، فيلسوف ، طبيب ، من أهل قرطبة بالأندلس . يُلقب بالحفيد تمييزاً له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد "الجد" .

من تصانيفه : (فلسفة ابن رشد) وتسميته حديثه وهو مشتمل على بعض مصنفاته ، و(التحصيل) في اختلاف مذاهب العلماء ، و(فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال) ، و(تهافت التهافت) في الرد على الغزالي ، و(بداية المجتهد ونهاية المقتصد) ، و(تلخيص كتب أرسطو) ، ورسالة في (حركة الفلك) .

[انظر : ابن فرحون / **الديباج المذهب** : (٢/٢٥٧-٢٥٩) ؛ ابن العماد / **شذرات الذهب** : ٤/٣٢٠) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٥/٣١٨) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٨/٣١٣)]

(٣) **بداية المجتهد** : ٢/١٢٩ .

جاء في مجلة الأحكام العدلية (م : ٣٦١) : يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من أهله أي العاقل المميز وإضافته إلى محل قابل لحكمه [١].

وفي (م : ٣٦٥) : يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيلا لمالكه أو وصيه وأن لا يكون في المبيع حق آخر [٢].

وعلى هذا فليس كل واحد صالحا لإبرام العقود ، فبعض الناس لا يصلح لإنشاء أي عقد ، وبعضهم يصلح لإنشاء بعض العقود ، والبعض الآخر صالح لكل عقد . ومرد ذلك كله إلى أهلية الإنسان الذي يصدر منه التصرف أو عدم أهليته ، وإلى ولايته عن غيره أو عدم ولايته . ولهذا يجب الكلام عن كل من الأهلية والولاية بإيجاز [٣]، كما يلي :

الفرع الأول . الأهلية :

الأهلية لغة : معناها : الصلاحية للشيء [٤].

وهي قسمان :

الأول : أهلية وجوب ، وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله ، أو عليه كالتزامه بثمن المبيع [٥] .

ومناطها : الحياة ، فتثبت لكل إنسان حي وتستمر له مادام حيا وتزول بموته ، وهي بناء على قيام الذمة [٦] ، أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود الذمة ، فالذمة لازمة لأهلية الوجوب وليست عينها [٧] .

---

(١) ٣٢٤/١ .
وانظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٧٦/٤ ــ ١٧٧ ، ١٣٥/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٥/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥١/٣ ، ١٥٧ ــ ١٥٨ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٢٣٧) : ١٢٢ ، (م : ٥٦٨ ، ٥٧٠) : ٢١٩ .

(٢) ٣٢٨/١ .

(٣) أما تفصيل أحكام الأهلية والولاية فمتروك لكتب الفقه والأصول .

(٤) انظر : (م : أَهَلَ) : أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٣٢/١ .

(٥) انظر : ابن نجيم / **فتح الغفار بشرح المنار** : ٨٠/٣ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٦١/٢ .

(٦) الذمة لغة : بمعنى العهد ، وتفسر أيضا بالأمان والضمان ، وسمي المعاهد ذميا نسبة إلى الذمة بمعنى العهد .
الذمة اصطلاحا : " وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وعليه " . [البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٦١/٢ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٦٢/٢ . وانظر : البخاري / **كشف الأسرار**: ٣٩٤/٤ ؛ القرافي / **الفروق** (ف : ٨٣) : ٢٣١] .

(٧) انظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ٣٩٤/٤ ؛ ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٨٠/٣ .

وهذا النوع من الأهلية نوعان : ناقصة وكاملة .

فأهلية الوجوب الناقصة هي : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط . أما أهلية الوجوب الكاملة فهي : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له والالتزام بالواجبات .

فالجنين تثبت له أهلية وجوب ناقصة ، فتثبت له بعض الحقوق كالميراث من غيره ، والوصية له ، والوقف عليه ، دون أن تثبت عليه ، وبعد الولادة تثبت له أهلية وجوب كاملة ، فيصير أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه ، ويكون له ولي أو وصي يقوم مقامه في إدارة شؤونه وفق حدود شرعية ليس من موضوعنا بيانها .

ولأهلية الوجوب عنصران : أحدهما : الإلزام ، وهو يُؤهِّل الإنسان لثبوت الحقوق له دون أن تثبت عليه .

الثاني : الالتزام ، أي صلاحية الإنسان للالتزام ، وهو قابليتّه لثبوت الحقوق عليه [1].

وهذا القسم من الأهلية ليس له أثر في إنشاء العقود ، إنما الأثر لأهلية الأداء .

القسم الثاني : أهلية أداء ، وهي صلاحية الإنسان لصدور الأقوال والأفعال منه على الوجه المعتبر شرعا [2] .

وتسمى أهلية المعاملة ، وأهلية التصرف . وأهلية الأداء لا تثبت للشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب ، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء ، فالعلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق .

وهذا النوع من الأهلية هو الذي تتوقف عليه التصرفات بكافة أنواعها القولية والفعلية ، وسواء كانت تلك التصرفات حقا من حقوق الله كالصلاة والزكاة والصوم والحج ، أم من حقوق العباد كالبيع والإجارة والنكاح .

وأهلية الأداء نوعان : إما كاملة ، وإما ناقصة تبعا لما يكون عليه الإنسان في أطوار حياته ، أي طور الطفولة ، وطور التمييز ، وطور الرشد .

فأهلية الأداء الناقصة هي : صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر ، وتثبت للصبي المميز ومن في حكمه كالمعتوه .

وأهلية الأداء الكاملة هي : صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه الوجه المعتبر شرعا ، وتثبت للبالغ الرشيد .

---

(١) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ٨٣) : ٢٣١/٣ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** (ف : ٨٣): ٢٣٧/٣ .

(٢) انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٦١/٢ .

ومناط أهلية الأداء ثبوت العقل والتمييز ، فللإنسان في كل طور من أطوار حياته ، ولكل حالة من حالاته من صحة ومرض أحكام ـــ بالنسبة لتصرفاته ـــ تختلف عن الأحكام في الأطوار والحالات الأخرى ، اختلافا يرجع إلى ما يكون له من عقل يدرك به ما يقدم عليه من قول أو فعل [١] .

وعلى سبيل المثال أتناول بيان حكم تصرفات الإنسان في طور التمييز ومن في حكمه كالمعتوه من غير حقوق الله تعالى ، فتصرفات الصبي المميز ومن في حكمه كالمعتوه على ثلاثة أقسام [٢] :

الأول : العقود والتصرفات النافعة نفعا محضا ، وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء من ملكه بلا مقابل ، تصح وتنفذ متى قام بها دون حاجة إلى إجازة [٣] وليه ، مثل قبول الهدية والوصية والهبة .

الثاني : ما كان ضررا محضا لا نفع فيه بحال ، وهي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه بلا مقابل ، فلا تصح ولا تنفذ ولو أجازها وليه ، مثل طلاق امرأته وكفالته بالدين والنفس وتبرعه على أي وجه كالهبة والوقف والقرض ، والوصية عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في الأظهر والحنابلة خلافا للمالكية القائلين بصحة وصية الصبي المميز إذا عقل القرابة [٤] .

الثالث : ما كان مترددا بين النفع والضرر ، وهي التصرفات التي تحتمل الربح والخسارة ، مثل عقود البيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة والشركة والنكاح .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٨٢/٣ ؛ البخاري/ **كشف الأسرار** : ٤١١/٤ ـــ٤١٢ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٨٣/٣ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٢٥٦/٢ ـــ ٢٥٨ ؛ البخاري/ **كشف الأسرار** : ٤١٩/٤ ـــ ٤٣٣ ؛ القرافي/ **الفروق** (الفرق : ٨٣) : ٢٢٧ ؛ النووي / **روضة الطالبين**: ٣٤٥/٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥١/٣ .

(٣) الإجازة لغة هي : الإنفاذ ، يقال أجاز الشيء إذا أنفذه ، وجاز العقد وغيره نفذ ومضى على الصحة ، وأجزت العقد جعلته جائزا نافذا . [انظر (م : جوز) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٤٤] .
ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنى اللغوي . يقول الشيخ الزرقا مُعرِّفا الإجازة بأنها :" إرادة منفردة يقر بها الإنسان ويمضي تصرفاً قائماً جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض ". [**المدخل الفقهي العام** : ٦٦٥/٢] .

(٤) انظر : البخاري/ **كشف الأسرار** : ٤٢٨/٤ ـــ ٤٢٩ ؛ ابن نجيم / **فتح الغفار بشرح المنار** : ٨٣/٣-٨٤ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٥٠/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٦٦ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٥/٣ ، ٩٧/٦ ؛ **جواهر العقود** : ٤٤٢/١ ؛ ابن قدامة / **الكافي** : ٤٧٨/٢ .

فهذه التصرفات اختلف الفقهاء فيها : فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين إلى أن هذه التصرفات تنشأ صحيحة من الصبي المميز ، إلا أنها موقوفة على إذن وليه وإجازته ، فتبطل بدونها .

وذهب الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة وهي المذهب ، إلى عدم صحة تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر ، فإذا وقعت من الصبي المميز كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر [1] .

عوارض[2] الأهلية :

أهلية الوجوب متى ثبتت كاملة للإنسان بولادته حيا تظل كذلك طوال حياته ، وتلازمه في عامة أحواله .

وعلى هذا فإن عوارض الأهلية لا تصيب إلا أهلية الأداء فقط [3] فمنها ما يزيلها تماما كالنوم والجنون والإغماء ، ومنها ما ينال منها بالنقص كالعته والرق ، ومنها ما لا يزيلها ولا ينقصها ولكن ينال بالتغيير بعض الأحكام تبعا لما أصابها من خلل ، كالسفه والدين والسكر .

ثم منها ما هو سماوي من الله لا دخل للمرء فيها ، كالعته والجنون . ومنها ما هو مكتسب كالسفه والسكر والدين .

---

(١) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٧٣/٦ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٢٩٢/٥ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٤/٣ ــ ٣٤٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥١/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٢١/٤ ، ٥٦٨ .

(٢) العوارض جمع عَارِض : أي أمر عَارِض ، أو جمع عَارِضة : أي خصلة عارضة أو آفة عارضة ، مأخوذ من عرض كذا إذا ظهر له أمر يصده عن المضي على ما كان عليه ، وفعلها عرض من باب ضرب ، يقال اعْتَرَضَ الشيء دون الشيء أي حال دونه ، واعْتَرَضَ الشَّيْءُ صار عَارِضاً كالخَشَبَةِ المُعْتَرِضةِ في النهر ، وعَرَضَهُ عَارِض من الحمى ونحوها .

وهي عند الأصوليين : ما يزيل الأهلية بنوعيها أو أحدهما أو يوجب تغييرا في بعض أحكامهما .

ومعنى كونها عوارض ، أنها ليست من الصفات الذاتية ، كما يقال البياض من عوارض الثلج ، ولو أريد بالعروض الطريان والحدوث بعد العدم ، لم يصح في الصغر إلا على سبيل التغليب . [انظر : (م : عرض) : الرازي / **مختار الصحاح** : ١٧٨ ــ ١٧٩ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٥٣ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٦٧/٢] .

(٣) خلافا لما ذكره صاحب التلويح من أن الكلام في عوارض الأهلية يشمل أهلية الوجوب وأهلية الأداء معا .

أما تفصيل القول في هذه العوارض وأثرها على الأهلية فلا مجـال لتفصيله في هـذا البحث فلينظر في مظانه [١].

الفرع الثاني - الولاية :

الولاية لغة : يقال ولِىَ الشيء ووَلِي عليه وَلاية و وِلاية بفتح الواو وكسرها ، أي قـام عليه ، كما يقال : أوليته الأمر ووليته عليه ، أي ملكته إياه ، وولي اليتيم الذي يلـي أمـره ويقوم بكفايته ، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليه ولا يدعها تستبد به [٢].

اصطلاحا : لا يبعد معناها الشرعي عن المعنى اللغوي ، فالمراد بالولاية اصطلاحا : أن يكون للعاقد سلطة شرعية لإنشاء العقود والتصرفات من غير توقف على إجازة أحد حـتى تترتب عليها آثارها الشرعية ، بأن يكون أصيلا عن نفسه أو وليا أو وصيا على غيره [٣].

والولاية شرط لنفاذ العقد وترتب الآثار الشرعية عليه عند الحنفية والمالكيـة ، وهـي شرط الانعقاد عند الشافعية والحنابلة ، وهي لا تثبت إلا لكامل أهلية الأداء . أما ناقص أهلية الأداء فلا ولاية له على نفسه ولا على غيره [٤].

والولاية نيابة عن الغير نوعان :

أحدهما : اختيارية تثبت بتولية المالك ، وهي الوكالة ، فالوكيل عن الشـخص التـام الأهلية إذا وكل إليه القيام ببعض العقود فهو إنما يتصرف نائبا عنه .

---

(١) انظر : البخاري / **التوضيح للتنقيح** : ١٦٧ ــ ٢٠٢ ؛ التفتازاني / **التلويح علـى التوضيـح** : ١٦٧/٢ ــ ٢٠٢ ؛ ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٨٤/٣ ــ ١٢٣ ؛ أمير بادشـاه / **تيسـير التحريـر** : ٢٥٨/٢ ــ ٣١٥ ؛ البخاري/ **كشف الأسرار** : ٤٣٥/٤ ــ ٦٦٦.

وانظر في هذا الموضوع بحث : الجبوري / **عوارض الأهلية عند الأصوليين** .

(٢) انظر (م : ولي) : الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** :٤٠١/٤ ؛ الرازي / **مختار الصحـاح** : ٣٠٦ ؛ أنـس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ١٠٥٨/٢ ؛ ابن منظور / **لسان العرب**: ٤٠٦/١٥ ــ ٤٠٧ .

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليـه** : ٥٥/٣ ؛ الجرجـاني / **التعريفـات** : ٣٢٩ ؛ موسى/ **الأموال ونظرية العقد** : ٣٤٨ ؛ الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٢٥٨ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٧٧/٤ ، ٥/ ١٣٥ ، ١٤٨ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار علـى الدر المختار** : ٥٠٥/٤ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٣ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٩/٢ ؛ الشـربيني / **مغني المحتاج** : ١٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩٦/٤ .

الثاني : إجبارية ، كولاية الأب أو الجد أو القاضي أو الوصي على القاصر ، فكل من هؤلاء يتصرف نائبا عمن تحت ولايته مستمدا سلطته من الشارع [١].

وهذا النوع من الولاية قد يكون على النفس ، وقد يكون على المال .

فالولاية على النفس : هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية ، كالتزويج والتعليم والتأديب ونحو ذلك .

والولاية على المال : هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال [٢].

وفي ذلك تفصيل من حيث تصرف الوكيل والولي والفضولي [٣] ، وينظر ذلك في أبوابه .

وخلاصة القول أن العقد بين الأهلية والولاية له ثلاث حالات [٤] :

الأولى : أن يصدر العقد من كامل الأهلية وله ولاية عقده ، فيصح وينفذ ، إلا إذا كان فيه ضرر بآخر ، فلمن لحقه الضرر إجازة العقد أو الاعتراض عليه فيصير موقوفا ، كالمستأجر إذا بيعت العين قبل انتهاء مدة الإجارة ، فإن أجازه نفذ وإلا توقف نفاذه حتى تنتهي مدة الإجارة ، وكذا المرتهن إذا بيعت العين قبل أداء الدين فإن أجازه نفذ وإلا توقف نفاذه حتى يؤدي البائع الدين الذي عليه للمرتهن .

الثانية : أن يصدر العقد ممن ليست له أهلية أداء مطلقا ولا ولاية ، فيكون باطلا ، كعقد المجنون والصبي غير المميز ، فإذا كان العاقد ناقص الأهلية كالصبي المميز ، فيصح بعض تصرفاته ويبطل بعضها ويتوقف بعضها على الإجازة على التفصيل السابق .

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٥٢/٥ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠٥/٤ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٨/٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٥٤ ــ ١٥٥ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٦٩) : ١١٧ .

(٢) انظر : ابن نجيم : **الأشباه والنظائر** : ١٦٠ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٥٤ ــ ١٥٥ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٤٠/٢ .

(٣) الفضولي لغة هو : المشتغل بما لا يعنيه . ولا يبعد معناه الاصطلاحي عن هذا ، فالمراد به : المتصرف في شؤون غيره بلا إذن شرعي ممن يحتاج إلى إذنه ، كمن يبيع أو يشتري ملك الغير بلا إذن أو ولاية. [انظر : (م : فضل) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٨١ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٢) : ٩٥/١ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٩/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ١٢/٣ ؛ **مغني المحتاج** : ١٥/٢ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٤٠٤] .

(٤) انظر : موسى / **الأموال ونظرية العقد** : ٣٥١ .

الثالثة : أن يصدر العقد ممن له أهلية أداء كاملة ، ولكن ليست له ولاية عقده باسم من عقد له ، كعقد الفضولي ، فالراجح أنه يتوقف على إجازة من عقد له [1] .

* * * * *

(1) انظر من هذا البحث ، ص :١٦٩ .

المبحث الثاني – في شروط [1] العقد ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الشروط العامة .

الشروط العامة لانعقاد العقد هي التي يجب توفرها في كل عقد ، وهذه الشروط بعضها يرجع إلى الصيغة وبعضها يرجع إلى محل العقد وبعضها يرجع إلى العاقد ، وهي :

١– موافقة القبول للإيجاب .

٢– اتصال القبول بالإيجاب . وصدورهما في مجلس العقد .

٣– بقاء الإيجاب قائما حتى يصدر القبول .

٤– أن يكون محل العقد قابلا للتعاقد شرعا .

٥– أن يكون محل العقد موجودا عند التعاقد .

٦– القدرة على تسليم محل العقد .

٧– العلم بمحل العقد .

٨ – أهلية العاقدين .

وقد تقدم بيان هذه الشروط من خلال المبحث السابق .

وأخيرا فإنه لابد أن يستوفي العقد شروط انعقاده الخاصة .

المطلب الثاني : الشروط الخاصة .

الشروط الخاصة لانعقاد العقد هي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها ، كاشتراط الشهود لصحة عقد النكاح عند من يرى ذلك ، فلا ينعقد النكاح إلا بوجود شاهدين ، وإلا كان باطلا [2]. وكاشتراط التسليم في العقود العينية ، وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتمليكات ؛ لأن التعليق يبطلها . وكمعرفة الأجل [3] في بعض

---

(١) المقصود بالشروط هنا الشروط الشرعية . انظر من هذا البحث ، ص : ٥–٦ ، ش : ٤.

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ٦ ، ش : ١ .

(٣) أجل الشيء لغة : مدته ووقته الذي يحل فيه . [انظر (م : أجل) : الفيومي / **المصباح المنير : ٢**] .
واصطلاحا : المدة المستقبلة التي يضاف إليها أمر من الأمور ، سواء أكانت هذه الاضافة أجلا للوفاء بالتزام ، أم أجلا لإنهاء التزام ، وسواء أكانت هذه المدة مقررة بالشرع ، أم بالقضاء ، أو بإرادة الملتزم فرداً أو أكثر .
وهذا التعريف مستخلص باستقراء استعمالات الفقهاء في المراجع . [**الموسوعة الفقهية** (أجل): ٥/٢] .

العقود ، كالبيع بشرط الأجل فيشترط لصحته أن يكون الأجل معلوما ، فإن كان مجـــهولا يفسد البيع [1] .

* * * * *

(١) مع ملاحظة أن هذا الشرط داخل في انتفاء الغرر والجهالة ولكنه ليس شرطا في كل العقود .
انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٧٨/٥ ؛ **بداية المجتهد** : ١٢٩/٢ ؛ السيوطي / **الأشـــباه والنظـــائر** : ٣٣٠ .

المبحث الثالث ــ حكم العقد .

إن المراد بحكم العقد عند الفقهاء أحد أمور ثلاثة :

الأول : ما يكون للعقد من وصف يثبت له نتيجة لطلب الشارع له أو نهيه عنه أو التخيير بين الفعل والترك ، ويسمى حكما تكليفيا نسبة إلى تكليف الشارع الشخص المكلف بالفعل أو الترك ، ويتنوع الفعل باعتباره إلى أنواع : فرض وواجب وسنة ومندوب وحرام ، فيقال مثلا : حكم البيع أنه مباح أو حرام على حسب ما يجاوره من الأوصاف . وعقد النكاح واجب على المسلم القادر إذا خاف على نفسه الوقوع في المحظور بتركه ، وسنة مؤكدة في حال اعتدال طبيعته ، ومكروه إذا خاف أن يظلم مَن تزوجها [1].

الثاني : الأثر المترتب على العقد شرعا ، ويختلف هذا باختلاف العقود ، فيقال مثلا في حكم عقد البيع : ثبوت ملكية المشتري للمبيع ، وثبوت ملكية البائع للثمن بمجرد انعقاد العقد ، وحكم الإجارة أنها تفيد ملك المنفعة للمستأجر ، وملك الأجرة للمؤجر ، وحكم الحوالة أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، وحكم النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا وهكذا .

الثالث : ما يكون للعقد من وصف بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه ، إما نتيجة لاعتبار الشارع له أو عدم اعتباره ، والعقد بهذا الاعتبار إما صحيح أو باطل أو فاسد ، وإما نتيجة لما للعقد المعتبر شرعا من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال أو لا تقتضي ذلك بل تتراخى ، ويسمى العقد بهذا الاعتبار نافذا وموقوفا ، وإما نتيجة لما للعقد من قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما ، أو غير ملزمة لواحد منهما ، والعقد بهذا الاعتبار إما لازم على العاقدين ، كالنكاح ، أو غير لازم عليهما كالإعارة ، أو لازم على أحدهما دون الآخر ، كالرهن ، لازم من جانب الراهن دون المرتهن ، وكالبيع بشرط خيار العيب أو الرؤية لازم من جانب البائع دون المشتري .

---

(1) وفي المسألة تفصيل ينظر في مظانه .
انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢/٢٢٨ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢١٤ ــ ٢١٥ ؛ البغدادي / **المعونة** : ٢/٧١٧ ــ ٧١٨ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣/١٢٥ ــ ١٢٦ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢/٣٤ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه أحمد** : ٣/٣ــ ٤ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧/٣٣٤ ــ ٣٣٧ .

ويسمى الحكم في هذا النوع حكما وضعيا نسبة إلى وضع الشارع وجعله هذه الأشياء مفيدة آثارها ومستتبعة أحكامه التي اختصها بها [1].

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

---

(1) انظر : منلا خسروا / **مرآة الأصول** : ٢/ ٣٨٨ ــ ٣٨٩ ؛ الأزميري / **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : ٢/ ٣٨٧ ؛ ابن نجيم / **فتح الغفار**: ٦٢/٢ ، ٥٩/٣ ؛ الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٣٠١ .

وأتناول من خلال الباب الثاني في هذا البحث حكم العقد من حيث الصحة والفساد ، ومن حيث النفاذ والوقف ، ومن حيث اللزوم وعدمه .

انظر : ص : ١٦٦ - ١٦٧ ، ١٦٩ - ١٧٠ ، ١٨٧ - ١٨٨ ، ٢٠٠ - ٢٠٤ ، ٢٤٤ وما بعدها .

الباب الثاني
في ذكر تقسيمات العقود في الفقه وصورها

ويشتمل هذا الباب على ثمانية فصول :

الفصل الأول : أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها .

الفصل الثاني : أقسام العقود بالنظر إلى صحة العقد وعدمها .

الفصل الثالث : أقسام العقود من ناحية الصيغة .

الفصل الرابع : أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه .

الفصل الخامس : أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه .

الفصل السادس : أقسام العقود بالنظر إلى غاية العقد .

الفصل السابع : أقسام العقود بالنظر إلى اشتراط القبض .

الفصل الثامن : تقسيمات حديثة للعقود .

الفصل الأول
أقسام العقود بالنظر إلى التسمية وعدمها

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : العقود المسمَّاة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقود المسماة .

المطلب الثاني : التعريف بالعقود المسمَّاة المعروفة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : العقود التي كانت غير مسمَّاة .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقود غير المسمَّاة .

المطلب الثاني : أمثلة العقود التي كانت غير مسمَّاة .

المطلب الثالث : أمثلة حديثة لهذه الطائفة من العقود .

المبحث الأول ــ العقود المُسَمَّاة .

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول ــ تعريف العقود المسماة :

إن المتتبع لكتب المذاهب الفقهية يجد أن الفقهاء ، تناولوا عقوداً ، جعلوا لكل منها اسما خاصا . وذكروها عقداً بعد عقد ، على خلافٍ في ترتيب هذه العقود بين المذاهب [(١)]، وبحثوا في كلِّ عقدٍ أركانه وأحكامه حسب ما يقتضيه موضوعه وغايته . فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والوديعة والقرض والكفالة والرهن والصلح وغيرها . هذه العقود المعينة التي أقرَّ التشريع لها أسماءً وأحكاما خاصة هي ما يُطلق عليها (**العقود المُسَمَّاة**) وتُسمَّى أيضا عقودا مُعيَّنة .

وإذا فالعقود المسمَّاة هي : التي أقرَّ الشارع لها اسما يدل على موضوعها الخاص ، وأحكاما أصليَّة تترتب على انعقادها كالبيع والهبة والشركة والإجارة وغيرها [(٢)].

فليست مجرد التسمية إذن هي ما يُنظر إليه في العقود المسمَّاة فقط ، بل أن يتولى التشريع تنظيم الأحكام الخاصَّة بكل منها ؛ لأن من أحكام هذه العقود ما هو تطبيق للقواعد العامة في العقد ، ومنها ما هو استثناء من هذه القواعد وفقا لما تقتضيه طبيعة العقد وغايته ؛ فيُعمل في هذه العقود المسمَّاة بأحكامها الخاصة ولو خالفت القواعد العامة .

ثم إن الناظر إلى الفقه الإسلامي ، يجده قد استوعب جميع العقود التي كانت معروفة في طور تأسيسه [(٣)] ، وتدارك الفقهاء أسماءً لأنواعٍ أخرى فرعيَّة بعد ذلك ، وقد بحث الفقهاء هذه الطائفة من العقود وأفردوا لكل عقد منها فصلاً خاصاً لتفصيل الأحكام الخاصة به .

---

(١) انظر : أبا سليمان / **ترتيب الموضوعات الفقهية ومناسباته في المذاهب الأربعة** .

(٢) الزرقا / **المدخل الفقهي العام** (بتصرف) : ١/٥٣٨ ، ٥٦٩ .

(٣) يراد بعصر التأسيس المرحلة التاريخية التي ابتدأ الفقه الإسلامي فيها بالنمو والاتساع عن طريق الاجتهاد الذي يولد أحكاما جديدة ملائمة لروح العصر ، ومستنبطة من النص الشرعي .
وقد امتد هذا العصر من وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى منتصف القرن الثالث الهجري ، ابتداء من الجهد العظيم الذي بذله الصحابة في معالجة المشاكل والحوادث التي واجهت المجتمع الأول ، ثم ما أعقب تلك المرحلة من حركة علمية واسعة الأثر حيث تكونت خلال هذا العصر المدارس الفقهية ، وتعددت المناهج الاجتهادية ، وظهرت مجموعة من الفقهاء عرفوا بالإمامة الفقهية . [انظر : النبهان / **المدخل للتشريع الإسلامي** : ٢ ، ١٠٤] .

ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض هذه العقود يشتمل على عقود أخرى تُعدُّ من فروعه وتبحث أحكامها في بابه ، ومن هذه العقود : عقد البيع والشركة ، فإنهما يتضمنان أنواعاً عديدة من العقود المختلفة والتي تُعدُّ فروعا لهما وتبحث أحكامها في بابهما [١].

وأتناول من خلال المطلب التالي التعريف بأشهر العقود المسمَّاة ، وقد اخترت في بيان معاني العقود وترتيبها مذهب الحنابلة [٢]، مع الإشارة إلى خلاف الفقهاء إن وجد .

المطلب الثاني ــ التعريف بأشهر العقود المسمَّاة المعروفة في الفقه الإسلامي .

١. عقد الهُدْنة :

الهُدْنة لغة : السكون والصلح ، يقال : هادنه أي صالحه ، وتهادنوا : تصالحوا . وبينهم هدنة [٣] .

والهُدْنة شرعا : عقد إمام أو نائبه لأهل الحرب على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض [٤] .

وتسمى مهادنة وموادعة ومعاهدة ومسالمة من السلم بمعنى الصلح [٥] . والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ بَرَاءَةٌ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنْ الْمُشْرِكِينَ ﴾ [٦] . فقد أذن الله سبحانه وتعالى في معاهدة المشركين ، وعاهدهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم نقض المشركون العهد ، فأوجب الله النبذ إليهم ، ومعنى الآية " هذه براءة واصلة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم " [٧] .

---

(١) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٣٩/١ ؛ الزرقا / **العقود المسمَّاة في الفقه الإسلامي** : ٤ ــ ٥ .

(٢) ومن بين كتب المذهب الحنبلي تمَّ اختيار كتاب (منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات) تأليف محمد ابن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الشهير بابن النجار ، في ترتيب العقود المذكورة .

(٣) انظر : (م : هدن) : الرازي / **مختار الصحاح** : ٢٨٨ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** :٢٤٢ ؛ الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٦٩٨ .

(٤) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٠٩/١١ .

(٥) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٠٩/١١ .

(٦) سورة التوبة : آية ١ .

(٧) الرازي / **التفسير الكبير** : ٢٢٥/١٥ .

وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ [1] . فقد بين الله سبحانه وتعالى في هذه الآية أن العدو إن مال إلى الصلح ، فالحكم هو قبول الصلح إذا كان فيه مصلحة [2] .

ومن السنة : ((أنهﷺ صالح قريشا في الحديبية عَلَى وَضْعِ الْحَرْبِ عَشْرَ سِنِينَ يَأْمَنُ فِيهَا النَّاسُ وَيَكُفُّ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ)) [3] .

ولا يجوز عقد الهدنة إلا إذا دعت المصلحة إليه ، كأن يكون بالمسلمين ضعف وعدم قدرة على قتال المشركين ، فيهادنهم الإمام أو نائبه حتى يقوى المسلمون ، وإما أن يطمع في إسلامهم بهدنته ، أو في أدائهم الجزية [4] ، أو غير ذلك من المصالح . ولا تجوز المهادنة مطلقا من غير تقدير مدة معلومة ؛ لأن ذلك يؤدي إلى ترك الجهاد بالكلية [5] .

٢- عقد الذمة :

الذِّمَّةُ لغة : الأمان والضمان والعهد ، وأهل الذِمَّةِ : أهل العَقْد من أهل الكتاب ومن جرى مجراهم [6] .

---

(١) سورة الأنفال : آية ٦١ .

(٢) انظر : الرازي / **التفسير الكبير** : ٢٢٥/١٥ .

(٣) رواه أبو داود وأحمد وأصله في البخاري .

أبو داود ، **السنن** : ٢١٠/٣ ، كتاب الجهاد (٩) ، باب في صلح العدو ١٦٨ ، الحديث (٢٧٦٦) .

أحمد ، **المسند** : ٤٨٧/٦ ، مسند الكوفيين ، حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم ، حديث (١٨٩٣٢)

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٦٧٥/٥ ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الجهاد ، والمصالحة مع أهل الحرب ، وكتابة الشروط (١٥) ، حديث (٢٧٣١ ، ٢٧٣٢) .

قال ابن حجر : " في رواية ابن إسحاق ((فلما انتهى إلى النبيﷺ جرى بينهم القول حتى وقع الصلح على أن توضع الحرب بينهما عشر سنين وأن يأمن الناس بعضهم بعضا ، وأن يرجع عن عامهم هذا)) وهذا القدر الذي ذكره ابن إسحاق أنه مدة الصلح هو المعتمد ، وبه جزم ابن سعد ، وأخرجه الحاكم من حديث علي نفسه " [**فتح الباري** : ٦٩٣/٥] . ولم أقف عليه في المستدرك ولعله في كتاب آخر للحاكم .

وانظر : الزيلعي / **نصب الراية** : ٣٨٨/٣-٣٨٩ .

(٤) الجزية : مال يؤخذ من الكفار على وجه الذلة والامتهان كل عام في آخره بدلا عن قتلهم وعن إقامتهم بدارنا [انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢٨/٢ ؛ ابن حجر / **فتح الباري** : ٣٩٢/٦] .

(٥) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٠٩/١١ .

(٦) انظر : (م : ذَمّ) : الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ١١٥/٤ ؛الجوهري / **الصحاح** : ١٩٢٦/٥ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٣١٥/١ .

وعقد الذمة شرعا : إقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية ، والتزام أحكام الملة [(١)].

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلاَ بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلاَ يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلاَ يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ [(٢)] .

قال الحافظ ابن حجر [(٣)] : " هذه الآية هي الأصل في مشروعية الجزية ، ودل منطوق الآية على مشروعيتها مع أهل الكتاب ، ومفهومها أن غيرهم لا يشاركهم فيها " [(٤)] .

وقول الْمُغِيرَةُ [(٥)] لعَامِلِ كِسْرَى : ((أَمَرَنَا نَبِيُّنَا رَسُولُ رَبِّنَا ﷺ أَنْ نُقَاتِلَكُمْ حَتَّى تَعْبُدُوا اللَّهَ وَحْدَهُ أَوْ تُؤَدُّوا الْجِزْيَةَ)) [(٦)] .

---

(١) البهوتي / **كشاف القناع** (بتصرف) : ١١٦/٣ . وانظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢٨/٢ .

(٢) سورة التوبة : آية ٢٩ .

(٣) **أحمد بن علي بن محمد الكناني ، المعروف بابن حجر العسقلاني (٧٧٤ ــ ٨٥٢هــ)** : أبو الفضل ، شهاب الدين . من أئمة الحديث العظام ، مصري المولد ، والمنشأ ، والوفاة . من كبار الشافعية . مؤرخ ، وفقيه تصدى لنشر الحديث ، وقَصَر نفسه عليه مطالعةً ، وإقراءً ، وتصنيفاً ، وإفتاءً . تفرد بذلك حتى أجمع العلماء على إطلاق اسم الحافظ عليه . كما انتهى إليه معرفة الرجال واستحضارهم، ومعرفة العالي والنازل ، وعلل الأحاديث ، وغير ذلك .

من تصانيفه : (فتح الباري في شرح صحيح البخاري) ، و(تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير) ، و(تبصير المنتبه بتحرير المشتبه في أسماء الرجال) ، و(لسان الميزان) ، و(تهذيب التهذيب) في التراجم .

[انظر : ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٢٧٠/٧-٢٧٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (١٧٨/١-١٧٩) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٢٠/٢)] .

(٤) فتح الباري : ٣٩٢/٦ .

(٥) **المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي (٢٠ ق هــ ــ ٥٠ هــ)** : أبو عبد الله أو أبو عيسى ، صحابي مشهور ، وهو أحد دهاة العرب وقادتهم وولاتهم . يقال له : "مغيرة الرأي" . أسلم قبل الحديبية ، وشهد الحديبية واليمامة وفتوح الشام وذهبت عينه يوم اليرموك . وشهد القادسية ونهاوند وهمدان . وُلي إمرة البصرة ثم الكوفة . له (١٣٦) ستة وثلاثوت ومائة حديث .

[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٤٧١/٤-٤٧٣) ، ابن حجر / **الإصابة** : (٤٥٢/٣-٤٥٣) ، ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٥٤٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢٧٧/٧)] .

(٦) جزء من حديث رواه البخاري .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣٩١/٦ ، كتاب الْجِزْيَةِ وَالْمُوَادَعَةِ (٥٨) ، بَابُ الْجِزْيَةِ وَالْمُوَادَعَةِ مَعَ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَالْحَرْبِ (١) ، حديث (٣١٥٩)

والحديث ((أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أخَذَ الجزية مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ))[١].

والإجماع على قبول الجزية لمن بذلها من أهل الكتاب ، ولمن له شبهة كتاب[٢] وإقرارهم بذلك في أرض الإسلام[٣].

٣ ـ البيع :

هو رأس عقود المعاوضات ، وأحكامه أساسٌ للقياس في كثير من أحكامها .

والبيع لغة : مطلق المبادلة مالية كانت أو غير مالية ، والمبادلة هي إعطاء شيء وأخذ شيء عوضا عنه .

والبيع من الأضداد مثل الشراء . ومنه قول النَّبيِّ ﷺ : ((لاَ يَبِعِ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلا يَخْطُبْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ))[٤].

فالنهي في قوله ﷺ ((لاَ يَبِعِ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ)) على المشتري لا على البائع لأن العرب تقول بعت الشيء بمعنى اشتريته[٥].

واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين مبادلة يمد باعه للأخذ والإعطاء[٦].

---

(١) رواه البخاري .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣٩٠/٦ ، كتاب الْجِزْيَةِ وَالْمُوَادَعَةِ (٥٨) ، بَاب الْجِزْيَةِ وَالْمُوَادَعَةِ مَعَ أَهْلِ الذِّمَّةِ والْحَرْبِ (١) ، حديث (٣١٥٧) .

(٢) من له شبهة كتاب كالمجوس فإنه يروى أنه كان لهم كتاب ورفع ، فذلك شبهة لهم أوجبت حقن دمائهم بأخذ الجزية منهم . [انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢٨/٢ ؛ ابن حجر / **فتح الباري** : ٣٩٥/٦] .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٠٩/٧ ، ١١١ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي عليه** : ١٤٣/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٤٢/٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١١٧/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٢٨/٢ .

(٤) متفق عليه ، واللفظ لمسلم .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٨٧/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، بَاب لَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ حَتَّى يَأْذَنَ لَهُ أَوْ يَتْرُكَ (٥٨)، حديث (٢١٤٠) .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٥٤/٣، كتاب البيوع (٢١) ، بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَسَوْمِهِ عَلَى سَوْمِهِ وَتَحْرِيمِ النَّجْشِ وَتَحْرِيمِ التَّصْرِيَةِ(٤)، حديث (١٤١٢) .

(٥) انظر (م : بيع) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٢٣/٨ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٧.

(٦) انظر (م : بيع) : الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٥٧ ؛ الجوهري / **الصحاح** : ١١٨٩/٣ ؛ الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ٨/٣ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ٢٣/٨ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٢٩ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٧؛ الأصفهاني / **المفردات في غريب القرآن** : ٦٧.

وعقد البيع شرعا : مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض [١].

ومشروعية البيع ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فعموم الآيات الدالة على حل البيع ومنها :

قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [٢].

وقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [٣] .

وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [٤] . والبيع نوع من التجارة ، إلا أن قوله تعالى : ﴿ بِالْبَاطِلِ ﴾ أخرج كل عوض لا يجوز شرعا وإن كان هناك تراض . وخرج أيضا كل عقد لا عوض فيه ، كالقرض والصدقة والهبة وغيرها ، وإنما جازت بأدلة أخرى مذكورة في مواضعها [٥] .

قال الإمام الشافعي رحمه الله مبينا وجه الاستدلال بعموم هذه الآيات : ذكر الله البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته ، فاحتمل إحلال الله عز وجل البيع معنيين : أحدهما أن يكون قد أحل كل بيع تبايعه المتبايعان جائزي الأمر فيما تبيعاه عن تراض منهما وهذا أظهر معانيه . والثاني : أن يكون الله عز وجل أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله ﷺ المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد ، فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه وبَيَّن كيف هي على لسان نبيه ، أو من العام الذي أراد به الخاص فبيَّن رسول الله ﷺ ما أريد بإحلاله منه وما حرم ، أو يكون داخلا فيهما ، أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نَبِيِّهِ ﷺ ، وأي هذه المعاني كان فقد ألزمه الله تعالى خلقه بما فرض من طاعة رسول الله ﷺ عن بيوع تراضى بها المتبايعان استدللنا على أن الله عز وجل أراد بما أحل من البيوع ما لم يدل على تحريمه على لسان نَبِيِّهِ ﷺ دون ما حرم على لسانه [٦].

---

(١) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٦١) : ١٠٧ . وانظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢/١٤٠ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/١٤٥.

(٢) سورة البقرة : آية ٢٧٥ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٢٩ .

(٥) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٥/١٥١-١٥٢ .

(٦) **الأم** (بتصرف) : ٣/٣ . وانظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القران** : ٣/٣٥٦-٣٥٧ .

وقال تعالى : ﴿ لَيسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُـــمْ ﴾ [١] . فقـد روى البخاري عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : كَانَتْ عُكَاظٌ وَمَجَنَّةُ وَذُو الْمَجَازِ أَسْوَاقًا فِـي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَلَمَّا كَانَ الإِسْلامُ تَأَثَّمُوا مِنَ التِّجَارَةِ فِيهَا ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ : ﴿ لَيسَ عَلَيْكُمْ جُنَـاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ [٢] فِي مَوَاسِمِ الْحَجِّ . [٣]

وأما السنة : فحديث ((الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا)) [٤].

وروى رفاعة [٥] رضي الله عنه أَنَّهُ خَرَجَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْمُصَلَّـى فَـرَأَى النَّـاسَ يَتَبَايَعُونَ فَقَالَ : يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ ، فَاسْتَجَابُوا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَرَفَعُوا أَعْنَاقَـهُمْ وَأَبْصَـارَهُمْ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : ((إِنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّارًا إِلاَّ مَنِ اتَّقَى اللَّهَ وَبَرَّ وَصَدَقَ)) [٦].

وعَنْ أَبِي سَعِيدٍ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : ((التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ

---

(١) سورة البقرة : آية ١٩٨ .

(٢) سورة البقرة : آية ١٩٨ .

(٣) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٤٥/٥ ـــ ٤٦ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب الأسواق التي كانت في الجاهلية فتبايع بها الناس في الإسلام (٣٥) ، حديث (٢٠٩٨) .

(٤) متفق عليه .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣١/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إذا بَيَّنَ البَيِّعان و لم يكتما ونصَحا (١٩) ، حديث (٢٠٧٩) .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٦٤/٣، كتاب البيوع (٢١) ، باب الصدق في البيع والبيان (١١) ، حديث (١٥٣٢/٤٧) .

(٥) **رِفَاعَةُ رافع بن مالك بن العَجْلان بن عمرو بن عامر بن زُرَيق ، الأنصاري ، الخزرجي (-٤١هـ)** : أبو معاذ ، وأمُّه أم مالك بنت أبي سلول ، أخت عبد الله بن أبي رأس المنافقين . شهد العقبة ، وقال عروة وموسى ابن عقبة وابن إسحاق : أنه ممن شهد بدراً ، وأحداً ، والخندق ، وبيعة الرضوان ، والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ . كما شهد الجمل وصفين مع علي رضي الله عنه [انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٧٣/٢-٧٤)].

(٦) رواه الترمذي ، وابن ماجة ، الدارمي ، والحاكم .
قَالَ أَبو عِيسَى : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَيُقَالُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ رِفَاعَةَ أَيْضًا .
الترمذي ، **السنن** : ٥١٥/٣ ـــ ٥١٦ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه وسلم إياهم (٤) ، حديث (١٢١٠) .
ابن ماجة ، **السنن** : ٧٢٦/٢ ، كتاب التجارات (١٢) ، حديث (٢١٤٦) .
الدارمي ، **السنن** : ٣٢٢/٢ ، كتاب البيوع (١٨) ، باب في التجار (٧) ، حديث (٢٥٣٨) .
قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه . **المستدرك** : ٦/٢ ، كتاب البيوع .

وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ)) [١] .

وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على جوازه وأنه أحد أسباب الملك من لدن صحابة رسول الله ﷺ من غير نكير ، بل هو إجماع الخلق كافة في مختلف الأعصار والأمصار [٢] .

ومقاصد الشريعة تقتضيه وتشهد لحسنه وعظم مصالحه ؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه وصاحبه لا يبذله بغير عوض ، فيتوصل كل بالبيع لغرضه ودفع حاجته [٣].

ذكر نماذج لما يندرج تحت عقد البيع :

يندرج تحت عقد البيع فروع كثيرة منها :

١- الاستصناع [٤] : وهذا العقد له دور كبير في تنشيط الصناعة ، وفتح المجالات الواسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي ، ومن ذلك :

أولا : توسيع نطاق إمكان بيع المعدوم في كل شيء يصنع مما اشتدت الحاجة إلي إمكان بيعه قبل صنعه في عصر انفجرت فيه الصناعة وفنونها وابتكاراتها القائمة على الاكتشاف العلمي والتقنية .

ثانيا : تحقيق الاستقرار الاقتصادي ؛ إذ أن طلب سلع خاصة بصفات خاصة يعني أن هناك حاجة إليها ، ويدل على عدم وجود تضخم في المصنوعات ، وهذا يؤدي إلى التوازن بين العرض والطلب مما يؤدي إلى تحقيق الاستقرار الاقتصادي في البلاد

---

(١) رواه الترمذي ، والدارمي ، والحاكم .
قَالَ أَبُو عِيسَى : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ لاَ نَعْرِفُهُ إِلاَّ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ مِنْ حَدِيثِ الثَّوْرِيِّ عَنْ أَبِي حَمْزَةَ .
الترمذي ، **السنن** : ٥١٥/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم (٤) ، حديث (١٢٠٩) .
الدارمي ، **السنن** : ٣٢٢/٢ ، كتاب البيوع (١٨) ، باب في التاجر الصدوق (٨) ، حديث (٢٥٣٩) .
الحاكم ، **المستدرك** : ٦/٢ ، كتاب البيوع .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٧/٦ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٥/٢ ؛ الشافعي / **الأم** : ٣/٣؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٣٩/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٥/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٤ .

(٣) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٤٧/٦ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٣٩/٢ ــ ١٤٠ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٤ .

(٤) انظر تعريف عقد الاستصناع ، ص : ٣٠ ، ش : ٣ .

ثالثا : يؤدي عقد الاستصناع إلى حل الأزمات الإسكانية ؛ إذ يطلب المستصنع مسكنا معينا بمواصفات ومقاييس محددة حسب رغبته وحاجاته ، ويدفع من ثمنها أو لا يدفع إلا بعد الاستلام على أقساط محددة حسب استطاعته ، وبذلك تخف الأزمات الإسكانية ، وهذا يؤدي إلى الرفاهية الاجتماعية ورواج التجارة ونشاط وحركة الأيدي العاملة

رابعا : يؤدي عقد الاستصناع إلى نشاط الحركة التجارية ، فالصانع يستطيع أن يشتري مواد التصنيع التي يحتاج إليها بثمن مؤجل حتى يحين وقت الدفع إليه ، ومن ثم يستخدم هذا المال في تمويل مشاريع صناعية وتجارية أخرى ، كما أن الصانع يضمن عدم ركود السلع عنده أو فسادها فلا يصنع إلا ما يتفق على صناعته .

خامسا : تبرز أمام البنوك الإسلامية ، وأمام سائر التجار الإسلاميين الذين يحرصون على عدم تدنيس نشاطاتهم الاستثمارية بالربا ، أهمية عقد الاستصناع وذلك من ناحيتين :

الأولى : اتساع نطاق عقد الاستصناع ، فلم يعد محصورا في الحاجات الفردية .

الثانية : أن عقد الاستصناع يجمع بين خاصيتين : خاصية بيع السلم في جواز وروده على مبيع معدوم حين العقد ، سيصنع فيما بعد ، وخاصية البيع المطلق العادي في جواز كون الثمن فيه ائتمانيا لا يجب تعجيله كما في السلم [١] .

وتبرز سمات عقد الاستصناع من خلال ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأنه ، فقد جاء في القرار ما يلي :

١ــ إن عقد الاستصناع ــ وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ــ ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

٢ــ يشترط في عقد الاستصناع ما يلي :

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة .

(ب) أن يحدد فيه الأجل .

٣ــ يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة .

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر : **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، الجزء الثاني ، الزرقا / ((عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة)) : ٢٤٦ ــ ٢٥٣ ؛ الشبيلي / ((الاستصناع)) تعريفه ــ تكييفه ــ حكمه ــ شروطه ــ أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية : ٦٦٩ ــ ٦٧١ .

٤ـ يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة [١] .

٢- بيوع الأمانة: سميت بذلك لأنها مبنية على الثقة والاطمئنان في التعامل بين الطرفين: البائع والمشتري ، ومنها :

أ- المرابحة وهي : بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به البائع وزيادة ربح معلوم لهما .

وبيع المرابحة من البيوع الجائزة عند الفقهاء ، وذهب المالكية إلى أنه خلاف الأولى وتركه أحب ، لكثرة ما يحتاج البائع فيه من البيان ، فالأولى عندهم البيع بطريق المساومة [٢].

ب- التولية وهي : أن يشتري الرجل السلعة بثمن معلوم ، ثم يبيع تلك السلعة لرجل آخر بالثمن الذي اشتراها به .

فإن قال : وليتك إياها ، لم يجز أن يبيعه إياها بأكثر مما اشتراها أو بأقل ، لأن لفظ التولية يقتضي أن يدفعها للمشتري بمثل ما اشتراها به . وقد اتفق الفقهاء على أن بيع التولية جائز شرعا ، وتترتب عليه جميع أحكامه [٣] .

ج- الوضيعة : بيع السلعة بنقصان معلوم من الثمن الأول ، وهو ضد بيع المرابحة .

وقد اتفق الفقهاء على أن بيع الوضيعة جائز شرعا ، وتترتب عليه جميع أحكامه [٤] .

---

(١) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، الجزء الثاني ، قرار رقم : ٦٧/٣/٧ بشأن عقد الاستصناع : ٧٧٧ ـ ٧٧٨ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٢٠/٥ ـ ٢٢٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٧٤ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٥٩/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٧٧/٢ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٣٩/٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٣٠/٣ .

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٣٤/٥ ؛ الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ١٥٦/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٧٦/٢ ؛ المحلي / **شرح المحلي على المنهاج وحاشية قليوبي عليه** : ٢٢٠/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٢٩/٣ .

(٤) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٣٢/٥ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٦٣/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٧٧/٢ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٣٤/٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٣٠/٣ ـ ٢٣١ .

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي :

أولا . في ذكر حكم عقد المرابحة للآمر بالشراء :

صورته : أن يتقدم الطرف الأول إلى الطرف الثاني طالبا منه شراء سلعة معينة بالمواصفات التي يحددها على أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له فعلا مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها ، ويدفع الثمن مقسطا حسب إمكانياته [١] .

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي بشأن حكم هذا العقد ما يلي :

" أولا : أن بيع المرابحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور ، وحصول القبض المطلوب شرعا ، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسئولية التلف قبل التسليم ، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم ، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه .

ثانيا : الوعد (وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزما للواعد ديانة إلا لعذر ، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقا على سبب ودخل الوعود في كلفة نتيجة الوعد . ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد ، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر .

ثالثا : المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز ، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه ، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده " [٢] .

ثانيا . في ذكر حكم بيع الحقوق المعنوية :

إن بيع الحقوق المعنوية كالاسم التجاري ، والعنوان التجاري ، والعلامة التجارية ، والتأليف والاختراع أو الابتكار من القضايا التي استجد التعامل بها في المجتمعات المعاصرة ، مما استلزم بيان حكمها الشرعي .

---

(١) انظر : حمود / **تطوير الأعمال المصرفية** : ٤٣٢ ؛ **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثاني ، الضرير ، ((المرابحة للآمر بالشراء)) : ٩٩٤ .

(٢) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثاني ، قرار رقم : (٢ ، ٣) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء : ١٥٩٩-١٦٠٠ .

ومن ثم فقد قرر مجمع الفقه بشأن الحقوق المعنوية ما يلي :

" أولا : الاسم التجاري ، والعنوان التجاري ، والعلامة التجارية ، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها . وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها .

ثانيا : يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا

ثالثا : حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا ولأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها "[١] .

٤ـ الإقالة :

الإقالة لغة : مصدر أقاله يقيله إقالة ، أو اسم مصدر من قاله يقيله قيلا على وزن باعه يبيعه بيعا ، ومن معانيها عند أهل اللغة : الرفع والإزالة والإبطال .

يقال أقال الله عثرته : إذا رفعه من سقوطه ، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد[٢].

وشرعا : فسخ المتعاقدين العقد برضاهما[٣].

وهذا التعريف بناء على أن الإقالة فسخ لا بيع ، وهو المذهب عند الحنابلة[٤] .

وهناك تعريفات متعددة للإقالة في المذاهب المختلفة ، بناء على اختلافهم في ماهية الإقالة هل هي فسخ ، أم بيع . وأجمع التعريفات لأراء الفقهاء في تكيفها هو تعريفها بأنها : رفع العقد وإزالته برضا الطرفين[٥] .

ومشروعية الإقالة ثابتة بالسنة والإجماع .

---

(١) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثالث ، قرار رقم : (٥) بشأن الحقوق المعنوية : ٢٥٨١ .

(٢) انظر (م : قيل) : الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ٤٣/٤ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٢٣٣ ؛ الفيومي / **المصباح المنير**: ١٩٩ ؛ الجوهري / **الصحاح** : ١٨٠٨/٥.

(٣) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ٢٢٠) : ١١٥ .

(٤) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٩٢/٢ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٧٥/٤ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٤٢/٤ ، ٢٤٤ .

(٥) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١٠/٦ ؛ الحصكفي/ **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١١٩/٥-١٢٠ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (شرح م: ١٩٠) : ١٤٢/١ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٥٤/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٨/٣ .

أما السنة : فقوله ﷺ : ((مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ)) [(١)].

فقد دل الحديث على مشروعية الإقالة ، وعلى أنها مندوب إليها ، لوعد المقيلين بالثواب .

وقد أجمع المسلمون على جوازها في جميع العقود إلا النكاح ، وأن حكمها التكليفي هو الندب .

إلا أن الحنفية نصوا على وجوبها في بعض الأحوال ، كما إذا كانت بعد عقد مكروه أو بيع فاسد ؛ لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان [(٢)] .

مسألة : ذكر اختلاف الفقهاء في ماهية الإقالة :

اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة فيما إذا وقعت بلفظها هل هي فسخ أم بيع [(٣)] ؟ على ثلاثة أقوال :

الأول : ذهب أبو حنيفة [(٤)] ، إلى أن الإقالة فسخ في حق المتقايلين ، وبيع جديد في حق الغير ، إلا إن تعذّر جعلها فسخا فإنها تبطل ويبقى البيع على حاله ، كما إذا هلك المبيع

---

(١) رواه أبو داود ، وابن ماجة ، وابن حبان ، والبيهقي ، والحاكم ، عن أبي هريرة .
قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .
الحاكم ، **المستدرك** : ٤٥/٢ ، كتاب البيوع ، باب من أقال مسلما أقال الله عثرته .
أبو داود ، **السنن** : ٧٣٨/٣ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب فضل الإقالة (٥٤) ، حديث (٣٤٦٠) .
ابن ماجة ، السنن : ٧٤١/٢ ، كتاب التجارات (١٢) ، باب الإقالة (٢٦) ، حديث (٢١٩٩) . وزاد ابن ماجه (يَوْمَ الْقِيَامَةِ) .
ابن حبان ، **الصحيح** : ٢٤٣/٧ ، كتاب التجارات ، باب الإقالة ، ذكر إقالة الله جل وعلا في القيامة عثرة من أقال نادما بيعته ، حديث (٥٠٠٧) . ولفظه : ((مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا بيعته أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)) .
البيهقي ، **السنن الكبرى** : ٢٧/٦ ، كتاب البيوع ، باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض بعضا .
وانظر : الزيلعي / **نصب الراية** : ٣٠/٤ .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٨٦/٦ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١٠/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٨٦/٦ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٩٥/٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٨/٣ .

(٣) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١٢/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٢٠/٥ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ١٤٣/١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٩٥/٣ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٦/٥ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١٠/٦ ــ ١١٢ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٤٨٧/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٨٧/٦.

بعد القبض . فلو كان المبيع عقارا فباعه مالكه بعد أن سلم الشفيع الشفعة [(١)] ، ثم تقايل العاقدان ، فيثبت للشفيع حق طلب الشفعة ثانيا ؛ لأن الإقالة بيع جديد في حقه .

وجه هذا القول : أن الإقالة تنبئ عن الفسخ بالإزالة ، فلا تحتمل معنى آخر نفيا للاشتراك ، والأصل العمل بحقيقة اللفظ ، وحقيقة الفسخ رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، ففي عقد البيع ثبوت الحال الأول هو برد المبيع إلى بائعه ورد مثل الثمن إلى مالكه .

وإنما جعلت بيعا في حق غير العاقدين ، لأن فيها نقل ملك بإيجاب وقبول بعوض مالي ، فجعلت بيعا في حق غير العاقدين محافظة على حقه من الإسقاط ، إذ لا يملك العاقدان إسقاط حق غيرهما ؛ وحتى لا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة ، فإذا فرض ثبوت الحال الأول بعود المبيع إلى بائعه ورد مثل الثمن إلى المشتري ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصود الشارع [(٢)] .

الثاني : ذهب أبو يوسف [(٣)] من الحنفية ، والمالكية [(٤)] ، إلى أن الإقالة بيع جديد في

---

(١) الشفعة : " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه " وهذا التعريف بناء على أن الشفعة حق للشريك فقط دون الجار ، كما هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، خلافا للحنفية القائلين بثبوتها للشريك والجار . [ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤٥٩/٥ . وانظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٢١٧/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ٤٧٣/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٩٦/٢] .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٦/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٨٨/٦ — ٤٨٩ .

(٣) **يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري ، الكوفي ، البغدادي (١١٣- ١٨٢هـ)** : أبو يوسف ، من كبار فقهاء الحنفية ، أصولي ، مجتهد ، محدث ، حافظ ، عالم بالتفسير والمغازي وأيام العرب . ولد بالكوفة وتفقه على يد الإمام أبي حنيفة ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته . وروى عنه : محمد بن الحسن الشيباني وأحمد بن حنبل ويحي بن معين . ولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسين ، ولقب بقاضي القضاة . توفي ببغداد . من تصانيفه : (الخراج) ، و(أدب القاضي) على مذهب أبي حنيفة النعمان ، و(الأمالي في الفقه) .
[انظر : اللكنوي / **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** : (٢٢٥) وفيه أن وفاته سنة ١٨٣هـ ؛ الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٥٣٥/٨-٥٣٩) ؛ ابن خلكان / **وفيات الأعيان** : (٣٧٨/٦-٣٨٨) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (١٩٣/٨) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٢٤٠/١٣)] .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٦/٥ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١١/٦— ١١٢ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٤٨٧/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٨٧/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٢٠/٥ ؛ الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** : ٣٤٧ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي عليه** : ١٦٦/٥ .

حق المتقايلين ، وفي حق الغير ، إلا إذا تعذر إعمالها بيعا فتجعل فسخا ، كبيع الطعام قبل قبضه .

وجه هذا القول : أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال ، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل ، وقد وجد ، فكانت الإقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني [١].

الثالث : ذهب محمد ابن الحسن [٢] من الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، وأحمد في أصح الروايتين ، وهي المذهب عند الحنابلة [٣] ، إلى أن الإقالة فسخ في حق المتقايلين ، وفي حق الغير ، إلا إذا تعذر إعمالها فسخا فتجعل بيعا .

وجه هذا القول : أن الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع ، يقال في الدعاء : اللهم أقلني من عثرتي ، أي ارفعها ، والأصل أن معنى التصرف شرعا ما ينبئ عنه اللفظ لغة ، ورفع العقد فسخه [٤].

وقال ابن المنذر [٥] : " وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٦/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٨٨/٦.

(٢) **محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (١٣١ ــ ١٨٩ هـ)** : أبو عبد الله ، إمام في الفقه والأصول . ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف ، هو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة . ولي القضاء للرشيد بالرقه ، ثم عزله واصطحبه الرشيد في مخرجه إلى خراسان ، ومات بالري .
من تصانيفه : (الجامع الصغير) ، و(الجامع الكبير) ، و(المبسوط) ، و(السير الكبير) ، و(السير الصغير) ، و(الزيادات) . وتسمى هذه عند الحنفية بكتب ظاهر الرواية .
[انظر : اللكنوي / **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** : (١٦٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٨٠/٦) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين**: (٢٠٧/٩)]

(٣) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١١/٦ ــ ١١٢ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٢٠/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٨٧/٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٧٢ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٩٥/٣ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٧٥/٤ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٦ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٦/٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٨٨/٦ .

(٥) **محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (٢٤٢ - ٣١٩ هـ)** : أبو بكر ، فقيه ، مجتهد ، حافظ . عده الشيرازي في طبقات فقهاء الشافعية . لقب بشيخ الحرم . أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء .توفي بمكة . من تصانيفه : (المبسوط) في الفقه ، و(الأوسط في السنن) ، و(الإجماع والاختلاف) ، و(اختلاف العلماء).
[انظر : هداية الله الحسيني / **طبقات الشافعية** : (٥٩) ؛ الذهبي / **تذكرة الحافظ** : (٧٨٢/٣-٧٨٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢٩٤/٥-٢٩٥)] .

مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعا " [١].

ولأن الإقالة تتقدر بالثمن الأول ، ولو كانت بيعا لم تتقدر به [٢].

وأيضا لأن البيع والإقالة اختلفا اسما فيختلفان حكما ، فإذا كانت رفعا لا تكون بيعا ، لأن البيع إثبات والرفع نفي ، وبينهما تناف ، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخا محضا ، فإذا لم يمكن أن تجعل فسخا فتجعل بيعا ضرورة [٣] .

الترجيح :

من خلال ما تقدم من أقوال الفقهاء وأدلتهم أجد أن الراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، وأحمد في أصح الروايتين ، من أن الإقالة فسخ في حق المتقايلين وفي حق الغير ؛ لأن الحقيقة أولى من المجاز والإقالة تنبئ عن الرفع بخلاف البيع ، ومما يؤكد ذلك أن قول ابن رجب : " وليس في العرف أن الإقالة بيع " [٤] . ــ والله أعلم ــ .

ثمرة هذا الخلاف :

تظهر ثمرة هذا الخلاف في مسائل :

الأولى : الإقالة بأكثر أو أقل من الثمن بلا عيب ، أو بغير جنس الثمن ، فإن قلنا هي فسخ لم يصح ، وإذا فيلزمه في الإقالة مثل الثمن الأول وتسمية الزيادة والنقصان والأجل والجنس الآخر باطلة ، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعده ، وسواء أكان المبيع منقولا أم غير منقول ؛ لأن الفسخ رفع للعقد فيرد على عين ما يرد عليه العقد واشتراط خلافه باطل وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وبعده وبين المنقول وغير المنقول، فَتبيَّن إذن أن العوضين على وجههما كالرد بالعيب [٥].

ولذا لو كان الثمن عشرة دنانير ودفع إليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع [٦].

---

(١) ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٢٤٤ .

(٢) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٢٤٤ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٣٠٦ .

(٤) **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٩ .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٣٠٦ ــ ٣٠٧ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٦/١١٣ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٦ .

(٦) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٦/١١٤ .

و" إذا تسعرت السوق جازت الإقالة بنقص في مقابلة نقص السعر ، وكذا لو تغيرت صفة السلعة الأولى" [١] .

وإن قلنا هي بيع يصح كسائر البيوع ، وذكر ابن رجب في قواعده وجها آخر بعدم الصحة ؛ لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه [٢].

الثانية : لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن ، إن قلنا هي فسخ جاز قبضه ، وإن قلنا هي بيع فلا يصح قبضه بلا كيل ووزن [٣].

الثالثة : هل يشترط في الإقالة شروط البيع من معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه وتميُّزه عن غيره ؟ إن قلنا هي فسخ لم يشترط لها ذلك ، وإن قلنا هي بيع يشترط لها ذلك [٤].

الرابعة : هل يثبت في الإقالة خيار المجلس ، إن قلنا هي فسخ لم يثبت الخيار ، وإن قلنا هي بيع ثبت فيها خيار المجلس كسائر العقود [٥].

ويرى ابن رجب ــ رحمه الله ــ عدم ثبوت خيار المجلس على القول بأن الإقالة بيع ؛ لأن الخيار وضع للنظر في الحظ ، والمستقيل لم يطلب الإقالة بعد لزوم العقد إلا بعد تروٍّ ونظر ، فلا يحتاج بعد ذلك إلى مهلة لإعادة النظر [٦].

الخامسة : هل يرد بالعيب في الإقالة ؟ إن قلنا هي فسخ ، فعلى وجهين ، وإن قلنا هي بيع رُدَّت به [٧].

السادسة : هل تصح الإقالة بعد النداء للجمعة ، إن قلنا هي بيع لم تصح ، وإن قلنا هي فسخ صحت [٨].

---

(١) ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٦ .

(٢) انظر : المرجع السابق .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٣٠٨ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١٢/٦ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٦ .

(٤) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٧ .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٨/٥ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٤/٣ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٨ .

(٦) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٨ .

(٧) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٤/٣ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٨ .

(٨) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٧ .

السابعة : لو حلف لا يبيع أو ليبيعن أو علق على البيع طلاقا أو عتقا ثم أقال ، فإن قلنا هي بيع ترتبت عليها أحكامها من البر والحنث وإلا فلا ، قال ابن رجب : " وقد يقال إن الأيمان تبنى على العرف وليس في العرف أن الإقالة بيع " [١].

٥ . الصرف :

الصَّرْفُ لغة : رَدُّ الشيء عن وجهه أو إبداله بغيره ، صَرَفَهُ يَصْرِفُهُ صَرْفاً فانْصَرَفَ. ومنه قوله تعالى : ﴿ سَأَصْرِفُ عَنْ ءَايَاتِيَ الَّذِينَ يَتَكَبَّرُونَ فِي الأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ ﴾ [٢] أي أجعل جزاءهم الإضلال عن هداية آياتي .

وصرَفَ الدراهم : باعها بدراهم أو دنانير . واصطرفها : اشتراها . وبين الدرهمين صَرْفٌ أي فضل لجودة فضة أحدهما [٣] .

وشرعا : " بيع نقد بنقد من جنسه أو غيره " [٤].

والصرف من فروع عقد البيع ويذكر في بابه ، وهو جائز بالإجماع ومستنده من الكتاب عموم الآيات والأحاديث الدالة على حل البيع ، وهو نوع منه .

والحديث : ((لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تُشِفُّوا [٥] بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلاَ تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ)) [٦] . قال ابن رشد : " وهو أصح ما روي في هذا الباب " [٧] .

---

(١) **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٩ .

(٢) سورة الأعراف : آية ١٤٦ .

(٣) انظر (م : صرف) : الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٣٥٣ ؛ الجوهري / **الصحاح** : ١٣٨٦/٤ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ١٨٩/٩ — ١٩٠ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ١٥٢ ؛ الأصفهاني / **المفردات في غريب القرآن** : ٢٧٩ .

(٤) البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٠١/٢ . وانظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٦٦/٣ .

(٥) الشف : الربح والزيادة ، والشف : النقصان أيضا ، فهو من الأضداد . يقال شَفَّ الدراهم يشِفُّ : إذا زاد وإذا انقص . [انظر : ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٤٨٦/٢] .

(٦) ناجز : أي حاضر ، وبعته ناجزا بناجز : أي يدا بيد . [الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٢٦]

الحديث متفق عليه ، من حديث أبي سعيد الخدري .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٢١/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب بيع الفضة بالفضة (٧٨) ، الحديث (٢١٧٧).

مسلم ، **الصحيح** : ١٢٠٨/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب الربا (١٤) ، الحديث (١٥٨٤/٧٥) .

(٧) **بداية المجتهد** : ١٤٧/٢ .

فدلّ ذلك على مشروعية الصرف ، وأنه يشترط فيه قبض البدلين قبل الافتراق بالإجماع [1].

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي :

أولا . في ذكر حكم العملات الورقية :

العملات الورقية " نقود اعتبارية فيهاصفة الثمنية كاملة ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامهما " [2] .

ثانيا : في ذكر حكم صور القبض الحكمي المعاصرة :

إن من صور القبض الحكمي المعاصرة المعتبرة شرعا وعرفا والتي أقرها مجمع الفقه الإسلامي ما يلي :

" ١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية :

(أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية .

(ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل .

(ج) إذا اقتطع المصرف ــ بأمر العميل ــ مبلغا من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى ، في المصرف نفسه أو غيره ، لصالح العميل أو لمستفيد آخر ، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية .

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي ، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل . على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٢١٤ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٥/٥ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٧/٢ ــ ١٤٨ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٥ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٤ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٥/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٦٦/٣ ؛ ابن حزم / **المحلى** : ٤٣٦/٧ ؛ الشوكاني / **نيل الأوطار** : ٢١٩/٥.

(٢) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الثالثة ، العدد الثالث ، الجزء الثالث ، قرار رقم : (٩) د ٨٦/٧٠/٣ ، بشأن ((أحكام النقود الورقية وتغير قيمة العملة)) : ١٩٦٥ .

٢- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف " [١] .

أما بطاقة الائتمان وهي : مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ، فقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي تأجيل البت في التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان وحكمها لإجراء مزيد من البحوث [٢] .

٦ - السَّلَمُ [٣] :

السلم من فروع عقد البيع ويذكر في بابه ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ [٤] . والأمر بكتابته فرع مشروعيته ، وهذه الآية نزلت في السلم خاصة ، ثم هي تتناول جميع المداينات إجماعا [٥] . قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مُسمًّى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآية [٦] .

وأما السنة : فعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قَالَ : قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ فَقَالَ : ((مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ)) [٧] .

---

(١) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة السادسة ، العدد السادس ، الجزء الأول ، قرار رقم : (٥٥/٤/٦) ، بشأن القبض ، صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها : ٧٧١-٧٧٢ .

(٢) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة السابعة ، العدد السابع ، الجزء الأول ، قرار رقم : ٦٥/١/٧ ، بشأن الأسواق المالية : ٧١٧ .

(٣) انظر تعريف السلم ، ص : ٣٦ ، ش : ٢ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٥) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٣٧٧/٣ .

(٦) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٧٠/٧ ؛ القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٣٧٧/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٣٨/٤ ؛ الشوكاني / **نيل الأوطار** : ٢٥٦/٥.

(٧) تقدم تخريجه ؛ ص : ٣٨ .

وروى البخاري عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي مُجَالِدٍ (١) قَالَ : أَرْسَلَنِي أَبُو بُرْدَةَ (٢) وَعَبْدُاللَّهِ بْنُ شَدَّادٍ (٣) إِلَى عَبْدِالرَّحْمَنِ بْنِ أَبْزَى(٤) وَعَبْدِاللَّهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى(٥) فَسَأَلْتُهُمَا عَنِ السَّلَفِ فَقَالاَ :

(١) **عبد الله بن أبي المجالد ، بالجيم ، الكوفي مولى عبد الله بن أبي أَوْفَى** : ويقال اسمه محمد ، من التابعين ، ثقة . روى عن مولاه ، وعبد الرحمن بن أَبْزَي ، وعبد الله بن شداد ، وغيرهم . وعنه : شعبة ، وأبو إسحاق الشيباني وإسماعيل السدي ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٣٣٩/٥) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٣٢٠،٥٠٥)] .

(٢) **الحارث ، أبو بُرْدة بن أبي موسى الأشعري (- ١٠٤ هـ)** : الفقيه ، قيل : اسمه عامر ، وقيل : اسمه كنيته . ثقة ، من الطبقة الوسطى من التابعين عند ابن حجر . روى عن أبيه ، وعلي ، وحذيفة ، وعبد الله بن سلام والأغر المزني ، والمغيرة ، وعائشة وابن عمر ، وابن عمرو بن العاص ، والأسود بن يزيد النخعي ، وعروة بن الزبير وهو من أقرانه ، وغيرهم .

وروى عنه : أولاده سعيد وبلال ، وحفيده أبو بُرْدة يزيد بن عبد الله بن أبي بُرْدة ، والشعبي وهو من أقرانه ، وقتادة ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٢١/١٢-٢٢) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٦٢١)]

(٣) **عبد الله بن شدَّاد بن الهَاد الليثي المدني (- ٨١ هـ وقيل بعدها)** : أبو الوليد ، من كبار التابعين الثقات ، فقيهاً ، كثير الحديث . ولد على عهد النبي ﷺ، وأمه سلمى بنت عميس الخثعمية أخت أسماء . كان يأتي الكوفة . وشهد مع علي يوم النهروان . توفي في ولاية الحجاج على العراق . روى عن أبيه ، وعمر ، وطلحة ، ومعاذ ، والعباس ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وغيرهم . وعنه : سعد بن إبراهيم أبو إسحاق الشيباني ، ومعبد بن خالد ، والحكم بن عتيبة ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٢٢٢/٥) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٣٠٧)] .

(٤) **عبد الرحمن بن أَبْزَي ، بفتح الهمزة وسكون الموحدة بعدها زاي ، مقصور ، الخُزاعي** : صحابي صغير ، سكن الكوفة . وكان في عهد عمر رجلاً وكان على خرسان لعلي . قارئ لكتاب الله ، عالم بالفرائض .

روى عن النبي ﷺ وعن أبيه ، وأبي بكر ، وعمر ، وعلي ، وأبي بن كعب ، وغيرهم . وروى عنه : ابناه عبد الله وسعيد ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، والشعبي ، وأبو مالك الغفاري ، وغيرهم .

[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٣١٨/٣-٣١٩) ؛ ابن حجر / **الإصابة** : (٣٨٨/٢-٣٨٩) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٣٣٦)]

(٥) **عبد الله بن أبي أَوْفَى علقمة بن خالد بن الحارث الأسلمي (- ٨٧ هـ)** : أبو معاوية ، صحابي شهد الحديبية ، وبايع بيعة الرضوان ، وشهد خيبر وما بعدها من المشاهد . لم يزل بالمدينة حتى قُبض رسول الله ﷺ ثم تحول إلى الكوفة ، وعمّر بعد النبي ﷺ دهراً , وهو آخر من مات بالكوفة من الصحابة . روى عنه : إسماعيل بن أبي خالد ، والشعبي ، وعبد الملك بن عمير ، وغيرهم .

[انظر : : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٧٨/٣-٧٩) ؛ ابن حجر / **الإصابة** : (٢٧٩/٢-٢٨٠) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٢٩٦)] .

((كُنَّا نُصِيبُ الْمَغَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ [١] مِنْ أَنْبَاطِ الشَّأْمِ فَنُسْلِفُهُمْ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّبِيبِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى . قَالَ : قُلْتُ : أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ ؟ قَالاَ : مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ)) [٢].

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز [٣] .

ولأن الحاجة تقتضيه ، فالمزارعين والتجار يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعلى مزروعاقم وتجارتهم ، وقد تنقصهم النفقة ، فجوز لهما السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلّم بشراء المسلم فيه بسعر رخيص [٤] .

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي : السلم وتطبيقاته المعاصرة :

جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة ما يلي :

" قرر أولاً بشأن السلم ما يلي :

" أ ـــ السلع التي يجري فيها عقد السلم تشمل كل ما يجوز بيعه ويمكن ضبط صفاته ويثبت دينا في الذمة ، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات .

ب ـــ يجب أن يحدد لعقد السلم أجل معلوم ، إما بتاريخ معين ، أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع ولو كان ميعاد وقوعه يختلف اختلافا يسيرا لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد .

ج ـــ الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط ، على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم .

د ـــ لا مانع شرعا من أخذ المسلم (المشتري) رهنا أو كفيلاً من المسلم إليه (البائع) .

---

(١) أنباط جمع نَبَط : جيل من الناس كانوا ينزلون سواد العراق ثم اسُتعمل في أخلاط الناس وعوامهم . [انظر : (م : نبط) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٢٥] .

(٢) رواه البخاري .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/ ١٨٩ ، كتاب السَّلَمِ (٣٥) ، باب السلم إلى أجل معلوم (٧) ، حديث (٢٢٥٥)

(٣) انظر : **الإجماع** : ٥٤ . وانظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٧٠/٧ ؛ القرافي/ **الذخيرة** : ٢٢٤/٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٨٩/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٣٨/٤ .

(٤) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٣٨/٤ .

هـ ــ يجوز للمسلم (المشتري) مبادلة المسلم فيه بشيء آخر ــ غير النقد ــ بعد حلول الأجل ، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه ، حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع ، وذلك بشرط أن يكون البدل صالحا لأن يجعل مسلماً فيه برأس مال السلم .

و ــ إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل فإن المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله ، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة .

ز ــ لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه ، لأنه عبارة عن دين ، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير .

ح ــ لا يجوز جعل الدين رأس مال للسلم لأنه من بيع الدين بالدين .

قرر ثانيا بشأن (التطبيقات المعاصرة للسلم) :

يعد السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عاليه في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية ، من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة ، سواء أكان تمويلاً قصير الأجل أم متوسطه أم طويله ، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء ، سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين أم الصناعيين أم المقاولين أم من التجار ، واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى .

ولهذا تعددت مجالات تطبيق عقد السلم ، ومنها ما يلي :

أ ــ يصلح عقد السلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة ، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها ويسلموها إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم ، فَيُقَدِّمُ لهم بهذا التمويل نفعاً بالغاً ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عن تحقيق إنتاجهم .

ب ــ يمكن استخدام عقد السلم في تمويل النشاط الزراعي والصناعي ، ولا سيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج السلع والمنتجات الرائجة وتصديرها ، وذلك بشرائها سلما وإعادة تسويقها بأسعار مجزية .

ج ــ يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات أو مواد أولية كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها .

ويوصي المجلس باستكمال صور التطبيقات المعاصرة للسلم بعد إعداد البحوث المتخصصة " [١] .

٧ ـ القرض :

القرض لغة : بفتح القاف ، وحُكِي كسرُها ، مصدر قَرَضَ الشيء يَقرِضُهُ : إذا قطعه . والقَرْضُ اسم مصدر بمعنى الإقراض [٢].

وشرعا : " دفع مال إرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله " [٣].

وسُمِّي المدلول الشرعي قرضا ؛ لأنه قطعة من مال المقرض ، أي ذو قطعة منه [٤].

والقرض جائز بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ [٥] . هذه الآية تتناول جميع المداينات إجماعا والقرض منها ، فالأمر بالمكاتبة دليل المشروعية [٦] .

وللآيات الكثيرة المفيدة للثناء على القرض [٧]، منها : قوله تعالى : ﴿ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ له أضعافاً كثيرة ﴾ [٨] ، فقد شبه الله سبحانه وتعالى الأعمال الصالحة والإنفاق في سبيل الله بالمال المُقْرَض ، وشبه الجزاء المضاعف بِبَدَلِ القرض ، ومشروعية المُشَبَّه تدل على مشروعية المشبَّهِ به .

(١) **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة** ، السنة السابعة ــ العدد السادس والعشرون ١٤١٦هـ ، فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ ، الموافق ١ ــ ٦ أبريل ١٩٩٥م ، قرار رقم : ٨٩/٢/د٩٥ : ٢١٨ ــ ٢٢٠ .

(٢) انظر (م : قرض) : أساس البلاغة : ٥٠٢ ؛ المصباح المنير : ١٩٠ ؛ المفردات في غريب القرآن : ٤٠٠ .

(٣) ابن النجار / **منتهى الإرادات** : ٢٢٤/٢ ــ ٢٢٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣١٢/٣ . وانظر : المرداوي/ **الإنصاف** : ١٢٣/٥ .

(٤) انظر : القرافي / **الفروق** : ٢/٣ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٦) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٣٧٧/٣ .

(٧) انظر : الرملي / **نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي عليه** : ٢٢٠/٤ .

(٨) سورة البقرة : آية ٢٤٥ .

وأما السنة : فالأحاديث الدالة على مشروعية القرض كثيرة ، منها : فعلهﷺ ، فقد روى أبو رافع [١] أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا ، فَقَدِمَتْ عَلَيْهِ إِبِلٌ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ ، فَأَمَرَ أَبَا رَافِعٍ أَنْ يَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ ، فَرَجَعَ إِلَيْهِ أَبُو رَافِعٍ فَقَالَ : لَمْ أَجِدْ فِيهَا إِلا خِيَارًا رَبَاعِيًا ، فَقَالَ : ((أَعْطِهِ إِيَّاهُ ، إِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً)) [٢] .

وأجمع المسلمون على جواز القرض [٣] .

وهو من المرافق المندوب إليها للمقرض لما فيه من تفريج وقضاء حاجة أخيه المسلم أشبه الصدقة عليه [٤].

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي :

أولا . أثر تغير قيمة العملة في وفاء الديون :

قد يحل أجل القرض ، وقد تغيرت قيمة العملة من حيث قيمتها وقوتها الحقيقية بحيث لا يكون المدفوع عددا عند الأجل ، مكافئا للمدفوع عند بدء التعامل ، فما أثر هذا التغير على رد القرض ؟

إن الجواب على هذا يتلخص في ذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن تغير قيمة العملة ، فقد جاء فيه : " أن العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة

---

(١) **أسلم ، المشهور بأبي رافع (- ٣٥ هـ)** : مولى رسول الله ﷺ . غلبت عليه كنيته ، واختلف في اسمه ، فقيل أسلم وهو أشهر ما قيل ، وقيل : اسمه إبراهيم ، وقيل : هرمز . كان قبطياً ، وكان عبداً للعباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي ﷺ فلما بشر أبو رافع النبي ﷺ بإسلام العباس اعتقه . شهد أبو رافع أحد وما بعدها . مات بالمدينة آخر خلافة عثمان رضي الله عنه . روى عنه : ابناه عبيد الله والحسن ، وعطاء بن يسار .
[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (١/٩٣-٩٤) ؛ ابن عبد البر / **الاستيعاب** : (١/٨٥-٨٧) ؛ ابن حجر / **الإصابة** : (١/٣٨)] .

(٢) رواه مسلم .
مسلم ، **الصحيح** : ١٢٢٤/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب من استلف شيئا فقضى خيرا منه (٢٢) ، حديث (١١٨/١٦٠٠).

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار** : ١٦١/٥ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٢٨٥/٥ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٢٢/٣ ؛ المنذر / **الإجماع** : ٥٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٨٢/٤ .

(٤) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٢٥/٢ .

لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أيا كان مصدرها بمستوى الأسعار " [١] .

ثانيا ـ الودائع المصرفية (حسابات المصارف) :

تعد الودائع المصرفية (حسابات المصارف) من صور التطبيقات المعاصرة للقرض .

أما حكمها فقد جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بخصوص موضوع الودائع المصرفية (حسابات المصارف) ما يلي :

" أولاً ـــ الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي ، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها وهو ملزم شرعا بالرد عند الطلب . ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك المقترض مليئا ".

وجاء في الفقرة الثالثة من القرار : " أن الضمان في الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) هو على المقترضين لها (المساهمين في البنوك) ماداموا ينفردون بالأرباح المتولدة من استثمارها ، ولا يشترك في ضمان تلك الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار ، لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها " . [٢]

٨ ـ الرهن :

لغة : الثبوت والدوام ، يقال رَهَنَ الشيء دامَ وثَبَتَ ، ومنه ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [٣]. والرَهْن حبس الشيء بأي سبب كان ، يقال : رهنته المتاع بالدين رهنا أي حبسته به فهو مرهون . ويطلق على العين المرهونة تسمية للمفعول باسم المصدر ، والمُرْتَهِن

---

(١) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الثالث ، قرار رقم : (٤) بشأن تغير قيمة العملة : ٢٢٦١ .

(٢) **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة** ، السنة السابعة ـــ العدد السادس والعشرون ١٤١٦هـــ ، فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـــ ، الموافق ١ ـــ ٦ أبريل ١٩٩٥م ، جزء من قرار رقم : ٩٠/٣/د٩ بشأن " الودائع المصرفية (حسابات المصارف) : ٢٢١ .

(٣) سورة المدثر : آية ٣٨ .

الذي يأخذ الرهن ، والشيء مَرْهُون ورَهِين . وجمع الرَّهْنُ رِهَانٌ مثل حَبْلٍ وحِبَالٍ ، ويجمع أيضا على رُهُون مثل فلس وفلوس . وقيل الجمع رُهُن مثل فِرَاشٍ وفُرُشٍ [(١)] .

وشرعا : جعل عين مالية وثيقة بحق يمكن استيفاؤه أو بعضه منها أو من ثمنها [(٢)].

والرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [(٣)] . وهو أمر وارد بصيغة الإخبار ومعناه وإن كنتم مسافرين ولم تجدوا رجلا يكتب فارتهنوا رهنا مقبوضا وثيقة بأموالكم ، وليس في كون الرهن في الآية في السفر حظره في غيره ، بل يدخل في ذلك بالمعنى كل عذر في السفر والحضر [(٤)] .

وأما السنة : فحديث عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعًا لَهُ مِنْ حَدِيدٍ)) [(٥)].

وروى البخاري عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((الرَّهْنُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ)) [(٦)].

وأما الإجماع ، فأجمع المسلمون على جواز الرهن [(٧)].

---

(١) انظر (م : رهن) : الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٢٦٢ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ١٨٨/١٣ وما بعدها ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ١٠٩ ؛ الفيومي / **المصباح المنير**: ٩٢ .

(٢) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٢٨/٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ٩٤٠) : ٣٢٤.

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

(٤) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٤٠٧/٣-٤٠٨ .

(٥) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٤٤٠/٥ ، كتاب الرهن (٤٨) ، باب من رهن درعه (٢) ، حديث (٢٥٠٩) .

مسلم ، **الصحيح** :١٢٢٦/٣ ، ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر (٢٤) ، حديث (١٦٠٣).

(٦) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٤٤٢/٥ ، كتاب الرهن (٤٨) ، باب الرهن مركوب ومحلوب (٤)، حديث (٢٥١٢) .

(٧) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٣٥/١٠ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٧٥/٨ ؛ الشافعي / **الأم** : ١٤١/٣ ؛ ابن المنذر/ **الإشراف على مذاهب أهل العلم** : ٢١/٢ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٥٧ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٩٨/٤ .

ومشروعية الرهن ثابتة بالدليل العقلي أي بالقياس ؛ لأن للدين طرفين طرف وجوب وطرف استيفاء ، حيث يثبت الدين أولا في الذمة فيحصل بذلك طرف الوجوب ، ثم يستوفي المال بعد ذلك وبذلك يتحقق طرف الاستيفاء ، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة ، فكذا الوثيقة التي تختص بالمال ، بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه [1]

٩ ـ الكفالة [2]:

الكفالة لغة : بمعنى الضم والعلاوة [3] .

والكفيل الضامن . وكَفَلَ المال وبالمال : ضَمِنه ، وأكْفَلَه المَالَ ضمنهُ إياه . وكَفَلَ الرجل يكْفُل ويَكْفِل كَفَالَةً : ضمنه [4] .

وشرعا : هي التزام إحضار من عليه حق مالي إلى ربه [5].

وهذا التعريف لكفالة النفس وهي أحد نوعي الكفالة . أما الثاني فهو كفالة المال ، وهي : " ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما " [6] .

والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [7] . والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل بمعنى واحد ، فدلت هذه الآية على جواز الكفالة ؛ لأن المؤذن الضامن هو يوسف عليه الصلاة والسلام [8].

---

(١) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٠/١٣٥ ـــ ١٣٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ١٠/١٣٥ ـــ ١٣٦ .

(٢) وعنونوا لها بالضمان يقال ضمين وكفيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد . [انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٦/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢١٣ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** :٢/١٠٩ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٣٢٩ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/١٩٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٧٠ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٥/٧٠ .

(٣) انظر (م : كفل) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٠٥ .

(٤) انظر : (م: كفل) : الرازي / **مختار الصحاح** : ٢٣٩ ، ابن منظور / **لسان العرب** : ٥٨٨ وما بعدها .

(٥) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٠٦٦) : ٣٥٤ . وانظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢/٢٥٢ .

(٦) ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٧٠ .

(٧) سورة يوسف : آية ٧٢ .

(٨) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٩/٢٣١ ، ٢٣٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٧٠

وأما السُّنة : فما رُوِيَ عَنْ النبي ﷺ قال فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ : ((الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ)) [١] .

وعَنْ سَلَمَةَ بْنِ الأَكْوَعِ [٢] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : ((كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ إِذْ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا : صَلِّ عَلَيْهَا ، فَقَالَ : ((هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟)) قَالُوا : لاَ ، قَالَ : ((فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا ؟)) قَالُوا : لاَ . فَصَلَّى عَلَيْهِ . ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلِّ عَلَيْهَا ، قَالَ : ((هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟)) قِيلَ : نَعَمْ ، قَالَ : ((فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا ؟)) قَالُوا : ثَلاثَةَ دَنَانِيرَ . فَصَلَّى عَلَيْهَا . ثُمَّ أُتِيَ بِالثَّالِثَةِ فَقَالُوا : صَلِّ عَلَيْهَا ، قَالَ : ((هَلْ تَرَكَ شَيْئًا ؟)) قَالُوا : لاَ ، قَالَ:((فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟)) قَالُوا : ثَلاثَةُ دَنَانِيرَ ،قَالَ:((صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ))قَالَ أَبُو قَتَادَةَ [٣]

---

(١) جزء من حديث رواه الترمذي ، وأبو داود ، وابن ماجة ، وأحمد ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ الْبَاهِلِيِّ .
قَالَ أَبُو عِيسَى وَفِي الْبَاب عَنْ عَمْرِو بْنِ خَارِجَةَ وَأَنَسٍ وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ .
الترمذي ، **السنن** : ٣٧٦/٤ ـــ ٣٧٧ ، كتاب الوصايا (٣١) ، باب ما جاء لا وصية لوارث (٥) ، حديث (٢١٢٠) .
أبو داود ، **السنن** : ٨٢٤/٣ ـــ ٨٢٥ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب في تضمين العارية (٩٠)، حديث (٣٥٦٥) .
ابن ماجة ، **السنن** : ٨٠١/٢ ـــ ٨٠٢ ، كتاب الصدقات (١٥) ، باب العارية (٥) ، حديث (٢٣٩٨ ، ٢٣٩٩) .
أحمد ، **المسند** : ٣٠٤/٨ ، مسند الأنصار ، حديث أبي أمامة الباهلي صُدي بن عجلان بن عمرو بن وهب الباهلي (٧٠٩) ، حديث (٢٢٣٥٧) .

(٢) **سَلَمَة بن عمرو بن سنان الأَكْوَع الأسلمي (- ٧٤ هـ)** : أبو مسلم ، وقيل أبو عامر ، وقيل أبو إياس وهو الأكثر . صحابي جليل . من الذين بايعوا الرسول ﷺ تحت الشجرة في بيعة الرضوان . سكن المدينة ثم انتقل فسكن الرَّبذَة . غزا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات ، وكان رامياً عدّاءً . له سَبْع وسبعون حديث .
[انظر : الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٣٢٦/٣-٣٣١) ؛ ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (١٣٣/٤-١٣٤)؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٢٧١/٢-٢٧٢) ؛ ابن حجر / **الإصابة** : (٦٦/٢-٦٧) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (١١٣/٣)] .

(٣) **الحارث بن رِبْعي ، بكسر الراء وسكون الموحدة بعدها مهملة ، ابن بُلْدُمة الأنصاري السلمي بفتحتين (٥٤ هـ)** : أبو قتادة ، ويُقال عمرو أو النعمان . فارس رسول الله ﷺ اختلف في شهوده بدراً ، وشهد أحداً وما بعدها . توفي بالكوفة على خلافة علي بعد أن شهد معه مشاهده .
روى عن النبي ﷺ وعن معاذ بن جبل ، وعمر بن الخطاب . وعنه : ولداه ثابت وعبد الله ، ومولاه أبو محمد نافع بن عباس بن الأقرع ، وأنس بن مالك ، وجابر بن عبد الله ، وغيرهم . =

صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ)) [١].

فقد أقر رسول الله ﷺ ضمان أبي قتادة ، وصلى على الميت من أجل ذلك .

وأجمع المسلمون على جواز الكفالة في الجملة [٢] .

١٠. الحوالة :

الحوالة لغة : بفتح الحاء وكسرها ، مشتقة من التحوُّل ، لأنها تُحوِّل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه أو من ذمة إلى ذمة أخرى ، تقول : حال عن العهد : أي انْقَلَب عنه [٣] .

وشرعا : انتقال مال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه [٤] .

والحوالة عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس مُحوَّلا على غيره ، وهي براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه الدين (المحيل) ولا ممن يدفع عنه (المحال عليه) . أشبه الإبراء منه [٥] .

وهي ثابتة بالسُّنة لحديث : ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتْبَعْ)) [٦].

وأجمع الفقهاء على جوازها في الجملة [٧].

= [انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٤/١٥٨-١٥٩) ؛ ابن عبد البر / **الاستيعاب** : (٤/١٦١) ؛ ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (١٢/٢٢٤-٢٢٥) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٦٦٦)] .

(١) رواه البخاري .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/٢٣١ ، كتاب الحوالة (٣٨) ، باب إذا أَحَالَ دَينَ الميِّتِ على رجُلٍ جز (٣) ، حديث (٢٢٨٩) .

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٧/١٦٣ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٣٢٩ — ٣٣٠ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/١٩٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٧١ .

(٣) انظر : مادة (حول) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٦٠ — ٦١ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٦٨ .

(٤) كقول زيد لعمرو : أحلتك بدينك على محمد . فزيد المحيل ، وعمرو المحال ، ومحمد المحال عليه .
انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢/٢٥٦ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١١٥٥) : ٣٧٤.

(٥) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢/٢٥٦ .

(٦) متفق عليه ، من حديث أبي هريرة .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/٢٢٨ ، كتاب الحوالة (٣٨) ، باب الحَوالةِ وهل يَرجِعُ في الحوالةِ ، حديث (٢٢٨٧) .
مسلم ، **الصحيح** : ٣/١١٩٧ ، ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب تحريم مطل الغني . وصحة الحوالة ، واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي (٧) ، حديث (١٥٦٤) .

(٧) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٧/٢٣٩ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٢/٥٥ ؛ التاودي / **حلي المعاصم** : ٢/٥٥ ، الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/١٩٣ ؛ **شرح منتهى الإرادات** : ٢/٢٥٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/٣٨٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٥٤ .

١١. الصُّلْحُ :

الصُّلْحُ لغة : التوفيق والسلم ، ومنه صلح الحديبية ، يقال : أصلحت بين القوم وَفَقْتُ ، وتصالح القوم واصطلحوا : زال ما بينهم من خلاف [١].

وشرعا : " معاقدة يُتَوصَّلُ بها إلى موافقة بين مختلفين فيه " [٢].

وهو ثابت بالإجماع [٣] المستند للنصوص القاطعة من الكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله تعالى ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [٤].

روى البخاري بسنده عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : ((﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ [٥] قَالَتْ : هِيَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ لاَ يَسْتَكْثِرُ مِنْهَا فَيُرِيدُ طَلاَقَهَا وَيَتَزَوَّجُ غَيْرَهَا ، تَقُولُ لَهُ : أَمْسِكْنِي وَلاَ تُطَلِّقْنِي ، ثُمَّ تَزَوَّجْ غَيْرِي ، فَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِنَ النَّفَقَةِ عَلَيَّ ، وَالْقِسْمَةِ لِي ، فَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى :﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [٦] .

وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ [٧].

وقال تعالى : ﴿ لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ [٨] .

---

(١) انظر (م : صلح) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٣٢ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٥٢٠/١ .

(٢) البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٦٠/٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٦١٦) : ٤٩٤ .
هذا في تعريف الصلح على مال وأرى أنه ينطبق على سائر أنواع الصلح .

(٣) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٤٠٥/٨ ؛ الحاوي : ٣٥/٨ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ١٦٩/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧/٥ .

(٤) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٥) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٦) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣٨١/١٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، باب { وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا } (٩٦) ، حديث (٥٢٠٦) .

(٧) سورة الحجرات : آية ٩ .

(٨) سورة النساء : آية ١١٤ .

وأما السنة : فحديث ((الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إلاّ صُلْحًا حَرَّمَ حَلالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا ، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا)) [١].

وعَنْ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ [٢] رَضِي اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ لَهُ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي حَدْرَدٍ الأَسْلَمِيِّ [٣] رضي الله عنه دَيْنٌ فَلَقِيَهُ فَلَزِمَهُ فَتَكَلَّمَا حَتَّى ارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا فَمَرَّ بِهِمَا النَّبِيُّ ﷺ فَقَالَ : ((يَا كَعْبُ ، وَأَشَارَ بِيَدِهِ كَأَنَّهُ يَقُولُ النِّصْفَ . فَأَخَذَ نِصْفَ مَا عَلَيْهِ وَتَرَكَ نِصْفًا)) [٤].

والصلح خمسة أنواع [٥] :

أحدها : يكون بين مسلمين وأهل حرب ، بعقد الذمة أو الهدنة أو الآمان .

الثاني : بين أهل عدل وأهل بغي .

الثالث : بين زوجين خيف شقاق بينهما أو خافت الزوجة إعراض الزوج عنها .

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٢٩-٣٠

(٢) **كعب بن مالك بن أبي بن كعب بن القين بن سواد بن غنم الأنصاري الخزرجي السلمي** : أبو عبد الله ويقال : أبو بشير ، ويقال : أبو عبد الرحمن ، صحابي مشهور ، شهد العقبة وأحد وما بعدها ، وهو أحد الثلاثة الذين خلفوا ، وكان من شعراء الرسول ﷺ ، مات في خلافة علي . روى عن الرسول ﷺ وعن أسد بن حضير ، وروى عنه : أولاده وابن عباس وجابر وأبو أمامة وأبو جعفر محمد بن علي وعمر بن الحكم بن ثوبان وغيرهم .

[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : ١٨٧/٤-١٨٩ ؛ ابن حجر / **الإصابة** : ٣٠٢/٣ ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : ٤٦١] .

(٣) **اسمه عبد وقيل عبيد وقيل سلامة بن عمير بن أبي سلامة بن سعد بن مُسَاب بن الحارث بن عبس بن هوازن بن أسلم** : أبو حَدْرَدٍ الْأَسْلَمِيِّ ، صحابي ، وهو والد أم الدرداء : خيرة ، زوجة أبي الدرداء . روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه عبد الله بن أبي حدرد الأسلمي ، ومحمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي ، وأبو يحي الأسلمي .

[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : ٦٩/٥-٧٠ ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : ٦٣٢] .

(٤) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣٦٠/٥ ، كتاب الخصومات (٤٤)، باب المُلازمةِ (٩) ، حديث (٢٤٢٤) .

وَ : ٦٤٨/٥ ؛ كتاب الصلح (٥٣) ، باب هل يُشيرُ الإمام بالصلح ؟ ، حديث (٢٧٠٦) .

مسلم ، **الصحيح** : ١١٩٣/٣ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب استحباب الوضع من الدين ، حديث (١٥٥٨/٢١) .

(٥) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٦٠/٢ ، البهوتي / **كشاف القناع** : ٣٩٠/٣ ــ ٣٩١ ؛ ابن قدامة/ **المغني على مختصر الخرقي** : ٣/٥ .

الرابع : بين متخاصمين في غير مال .

الخامس : بين متخاصمين في مال ، وهو قسمان :

١- صلح على إقرار ، كأن يقر شخص لآخر بدين معلوم أو يقر له بعين بيده كقطعة أرض ، فيضع المقر له عن المقر بعض الدين كنصفه أو ثلثه أو ربعه ، أو يهب له بعض العين المقر بها ويأخذ الباقي من الدين أو العين ، فيصح ذلك بالاتفاق [١].

٢- صلح على إنكار ، كأن يدعي شخص على آخر دينا أو عينا ، فينكر المدعى عليه أو يسكت وهو لا يعلم المدعى به ، ثم يصالحه عنه ببعض الحق المدعى به قطعا للمنازعة .

وهذا النوع جائز عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وغير جائز عند الشافعية [٢] .

١٢ـ الوكالة :

الوكالة لغة : الوِكالة اسم مصدر بمعنى التوكيل ، وهي لغة التفويض . يقال : وكلت أمري إلى الله : أي فوضته إليه واكتفيت به . وقد تُطلق ويراد بها الحفظ [٣]، ومنه قوله تعالى ﴿ وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِم بِوَكِيلٍ ﴾ [٤].

وشرعا : تقدم بيان معناها [٥] .

والأصل في جواز الوكالة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ [٦].

قال ابن المنذر : " لأن الحكام الباعثين بالحكمين يجعلون إليهما أمر الزوجين " [٧].

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٤٠/٦ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٢١/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٧٧ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٦٠/٢ ؛ ابن قدامة/ **المغني على مختصر الخرقي** : ٣/٥ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٤٠/٦ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٢١/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٧٩/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٦٣/٢ ؛ ابن قدامة/ **المغني على مختصر الخرقي** : ٣/٥ .

(٣) انظر (م : وكل) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٥٧ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ١٠٥٤/٢ — ١٠٥٥ .

(٤) سورة الأنعام : آية ١٠٧ .

(٥) انظر ، ص : ٦٥ .

(٦) سورة النساء : آية ٣٥ .

(٧) **الإشراف على مذاهب أهل العلم** : ٢٩٢/٣ .

أما السُّنة : فعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ : أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ وَقُلْتُ لَهُ : إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ . فَقَالَ : ((إِذَا أَتَيْتَ وَكِيلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقًا ، فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوَتِهِ)) [١] . فأخبر أن له وكيلا .

وعَنْ عُرْوَةَ [٢] أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ وَكَانَ لَوِ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ [٣].

وأما الإجماع : فإن الأمة أجمعت على جواز التوكيل ، فالحاجة داعية إليه [٤].

١٣ ـ الشركة :

الشركة لغة : الشِّرْكَةُ والشَّرِكة خلط النصيبين بحيث لا يَتميَّز أحدهما عن الآخر ، يقال : اشتركنا بمعنى تشاركنا . وشاركت فلاناً صرت شريكه . وتُطلق الشركة على الاختلاط الذي هو صفة للمال ، وتُطلق على خلط الشريكين أي فعلهما ، وتُطلق كذلك على العقد نفسه ، لأنه سبب الخلط [٥].

وشرعا : " الاجتماع في استحقاق أو تصرف " [٦].

---

(١) رواه أبو داود .
أبو داود ، **السنن** : ٤٧/٤ ، كتاب الأقضية (١٨)، باب في الوكالة (٣٠) ، حديث (٣٦٣٢) .
قال الزيلعي : " أعله ابن القطان بابن إسحاق ، وأنكر على عبد الحق سكوته عنه ، فهو صحيح عنده ".
وقال ابن حجر : رواه أبو داود بسند حسن ، وعلق البخاري طرفا منه في أواخر كتاب الخمس . [**نصب الراية** : ٩٤/٤ . وانظر : **تلخيص الحبير** : ٥١/٣] .

(٢) **عروة بن الجعد البارقي وقيل الأزدي** : صحابي ، كان فيمن حضر فتوح الشام ونزلها ثم سيره عثمان إلى الكوفة . روى عنه : الشعبي والسبيعي وسماك بن حرب وشريح بن هانئ وغيرهم .
[ابن الأثير / **أسد الغابة** : ٥٢٣/٣] .

(٣) رواه البخاري
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣٤٢/٧ ، كتاب المناقب (٦١) ، باب (٢٨) ، حديث (٣٦٤٢) .

(٤) انظر : البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٩٩/٧ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٧٧/٣ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ١٩٣/١ ؛ ابن النذر / **الإشراف على مذاهب أهل العلم** : ٢٩٢/٣ ــ ٢٩٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٠١/٥ .

(٥) انظر (م : شرك) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٤٤٨/١٠ وما بعدها ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٤٨٠/١ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١١٨ ؛ الجوهري / **الصحاح** : ١٥٩٣/٤ .

(٦) المرداوي / **الإنصاف** : ٤٠٧/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٠٩/٥ .

وهذا التعريف يشمل جميع أنواع الشركة الآتي ذكرها .

والأصل في جواز الشركة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ [(١)].

وقوله تعالى : ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بعضهم على بعض﴾ [(٢)] . والْخُلَطَاء : هم الشُّرَكَاء [(٣)].

وقوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ [(٤)] . فجعل الخمس مشتركا بين أهل الخمس ، وجعل أربعة أخماس الغنيمة مشتركا بين الغانمين [(٥)].

وأما السنة : فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه رَفَعَهُ قَالَ : ((إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا)) [(٦)].

وعَنِ السَّائِبِ [(٧)] قَالَ : أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَجَعَلُوا يُثْنُونَ عَلَيَّ وَيَذْكُرُونِّي ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((أَنَا أَعْلَمُكُمْ يَعْنِي بِهِ)) قُلْتُ : صَدَقْتَ بِأَبِي أَنْتَ وَأُمِّي كُنْتَ شَرِيكِي فَنِعْمَ

---

(١) سورة النساء : آية ١٢.

(٢) سورة ص : آية ٢٤ .

(٣) انظر : البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٢١/٧ — ١٢٢ ، كتاب أحاديث الأنبياء (٦٠) ، باب (وَاذْكُرْ عَبْدَنَا دَاوُدَ ذَا الْأَيْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ) إِلَى قَوْلِهِ (وَفَصْلَ الْخِطَابِ) (٣٩) .

(٤) سورة الأنفال : آية ٤١.

(٥) انظر : المنهاجي / **جواهر العقود** : ١٨٥/١ .

(٦) رواه أبو داود من حديث أبي هريرة .

أبو داود ، **السنن** : ٦٧٧/٣ ، كتاب البيوع(١٧) ، باب في الشركة (٢٧) ، حديث (٣٣٨٣) .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . [**المستدرك** : ٥٢/٢ ، كتاب البيوع].

وصححه الذهبي في التلخيص . [انظر : الذهبي / **التلخيص** : ٥٢/٢] .

وقال ابن حجر : " صححه الحاكم ، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان ، والد أبي حيان وقد ذكره ابن حبان في الثقات ، وذكر أنه روى عنه أيضا الحارث بن يزيد لكن أعله الدارقطني بالإرسال فلم يذكر فيه أبا هريرة ، وقال إنه الصواب ، ولم يسنده غير أبي همام بن الزبرقان " . [**تلخيص الحبير** : ٤٩/٣] .

(٧) **السَّائب بن أبي السَّائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عُمر بن مَخْزوم القرشي** : صحابي . كان شريك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل المبعث بمكة . وقد اختلف في إسلامه .

قال ابن شهاب : السائب بن أبي السائب ، هو الذي جاء فيه الحديث ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم الشريك ، كان لا يُشاري ولا يُماري . [انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (١٦٣/٢-١٦٤)] .

الشَّرِيكُ كُنْتَ لا تُدَارِي وَلا تُمَارِي [١].

وأما الإجماع فإن أحدا من العلماء لم يخالف في جوازها في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها [٢].

والشركة قسمان [٣] :

الأول ــ شركة مال : وهي : الاجتماع في استحقاق عين بمنافعها أو دون منافعها أو في استحقاق المنافع دون العين [٤].

فهذا القسم يعتمد على أساس الاشتراك في امتلاك رأس المال ، كأن يرث اثنان عقارا فيصبح مشتركا بينهما ، أو أن يشتريا أرضا فتصبح ملكهما ، أو أن يوصى لهما بمنفعة دار لمدة محددة من الزمن فيقبلان .

---

(١) رواه أبو داود ، وابن ماجة ، والحاكم .
قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه .
الحاكم ، **المستدرك** : ٦١/٢ ، كتاب البيوع ، باب الشركة في التجارة .
أبو داود ، **السنن** : ١٧٠/٥ ، كتاب الأدب (٣٥) ، باب في كراهية المِراء (٢٠) ، حديث (٤٨٣٦) .
ابن ماجة ، **السنن** : ٧٦٨/٢ ، كتاب التجارات (١٢) ، باب الشركة والمضاربة (٦٣) ، حديث (٢٢٨٧).

(٢) انظر : المرغيناني /**الهداية شرح بداية المبتدي** : ١٥٢/٦ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ١٨٦/١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢١١/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٤٩٥/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٠٩/٥ .

(٣) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ١٥٣/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ١٥٣/٦ ؛ فتح القدير : ١٥٣/٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار** : ٢٩٩/٤ ، ٣٠٥ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٢٩٩/٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٤٩٦/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣١٩/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٠٩/٥ .
تنبيه : يرى الباحث المتتبع للشركة في الفقه الإسلامي أن الفقهاء قد قسموا الشركة إلى أقسام مختلفة منها ما هو متفق على جوازه بينهم ومنها ما هو مختلف فيه ، وقد انبنى تقسيمهم للشركات على اختلافهم في القواعد التي ينبني عليها التقسيم ، وضابط ذلك عند الفقهاء ما يلي : أما جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة فقد جعلوا المال والعمل والضمان أساسا في التقسيم .
أما الشافعية فقد جعلوا المال أساسا في تقسيم الشركات .
ويظهر هذا الضابط من خلال نصوص الفقهاء في معرض الحديث عن أقسام الشركات وتعليلهم لما يصح منها ومالا يصح. [انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ١٥٥/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٣٣٢) وشرحها **درر الحكام** : ٣٦٣/١٠ ــ ٣٦٥ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٩١/٢ ــ ١٩٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢١٢/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٤٩٦/٣ وما بعدها] .

(٤) انظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ٤٩٦/٣.

الثاني ــ شركة عقد : وهي : الاجتماع في التصرف [(١)] .

وتنقسم شركة العقد إلى خمسة أقسام :

الأول ــ شركة العنان : هي عقد شركة بين عدد على رأس مال معلوم لكل منهم قدر معين ليعمل فيه جميعهم على أن يكون لكل منهم من الربح جزء مشاع معلوم [(٢)].

ولا خلاف في جواز هذه الشركة ، بل في بعض شروطها [(٣)] .

الثاني ــ شركة المضاربة : وهي دفع مال معين معلوم لمن يتجر فيه بجزء مشاع معلوم له من ربحه [(٤)].

فهذا النوع من الشركة يقوم على أساس دفع رأس المال من جانب أحد الشركاء ، والعمل من الشريك الآخر ، ويوزع الربح بينهما حسب الاتفاق ، والخسارة على رب العمال وحده . وقد اتفق الفقهاء على جوازها [(٥)].

الثالث ــ شركة الوجوه : وهي اشتراك شخصين فأكثر في ربح ما يشتريانه في ذممهما بجاههما [(٦)] .

وإذا فهذا النوع من الشركة يعتمد على مدى ثقة الناس بالشريكين من غير أن يكون لهما رأس مال .

وشركة الوجوه جائزة عند الإمامين أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله ، ويرى المالكية

---

(١) انظر : المرجع السابق .

(٢) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م:١٧٧٤) : ٥٣٦ . وانظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٤٠٨/٥ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥٨/٦ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٨٩/٢ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ١٨٨/١ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ١٥٧/٨ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢١٢/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢٠/٢ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٠٧/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٢٢/٥ ، ١٢٤ .

(٤) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٧٧٥) : ٥٣٦ . وانظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٣٤/٥ .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٧٩/٦ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٢٤/٦ ــ ٢٥ ؛ ابن المنذر / **الإشراف على مذاهب العلماء** : ٣٨/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٣٤/٥ .

(٦) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٧٧٦) : ٥٣٦ . وانظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٤٥٨/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٢٢/٥.

والشافعية عدم صحتها ، فهي باطلة لما فيها من الغرر [١] .

الرابع ـــ شركة الأبدان : وهي اشتراك اثنين فأكثر فيما يمتلكانه بأبدانهما من مباح أو يتقبلانه في ذممهما من عمل [٢].

وإذا فهذا النوع من الشركة يعتمد على الحرفة والصناعة وضمان العمل .

وشركة الأبدان جائزة عند الإمام أبي حنيفة [٣] والمالكية [٤] والحنابلة [٥] ، إلا أن الإمام أبا حنيفة يرى أنها تصح في الصناعة ولا تصح في اكتساب المباح [٦] .

وعند المالكية تجوز بشرطين : أحدهما : اتفاق الصناعتين ، كالاشتراك في الخياطة والنجارة وغير ذلك من الصناعات ، أو تلازم بأن توقف عمل أحدهما على عمل الآخر ، وإن افترقت الصناعتان لم يجز ، افترقت الأمكنة أو اتفقت .

الثاني : أن يكونا في موضع واحد ، فإن افترقت الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات أو اختلفت [٧] .

وعند الإمام الشافعي رحمه الله شركة الأبدان كلها فاسدة [٨] .

الخامس ـــ شركة المفاوضة : وهي نوعان :

أحدهما : تفويض كل من الشريكين صاحبه شراء وبيعا ومضاربة وتوكيلا ومسافرة بالمال وارتهانا وضمانا وتقبُّل ما يرى من الأعمال [٩] .

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥٧/٦ ـــ ٥٨ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٩٢/٢ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** :٢١١/٢ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١١٤٤/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢١٢/٢ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ١٨٩/١ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ١٦٢/٨ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٥٨/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٢٢/٥ .

(٢) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٧٧٧) : ٥٣٧ . وانظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٤٦٠/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١١١/٥ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥٧/٦ .

(٤) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٩٢/٢ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١١٤٤/٢ .

(٥) انظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٤٦٠/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١١١/٥ .

(٦) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٦٣/٦ .

(٧) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٦١/٣ .

(٨) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ١٦٤/٨ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢١١/٢ .

(٩) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٧٧٨) : ٥٣٧ . وانظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٤٦٤/٥ ـــ ٤٦٥.

وهذا النوع جمع بين جميع أنواع الشركة ، فيصح ذلك عند القائلين به ؛ لأن كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره [١] .

النوع الثاني : هو الاشتراك في كل ما يثبت لهما أو عليهما [٢].

وشركة المفاوضة جائزة عند أبي حنيفة ، ومالك في الجملة ، واختلفوا في بعض شروطها [٣] . ومذهب الشافعي أن هذه الشركة باطلة [٤] . وذهب الحنابلة إلى صحة النوع الأول منها . أما النوع الثاني فيصح إن لم يدخلا فيها كسبا نادرا ، أو غرامة ، كلقطة وضمان مال ، فإن أدخلا فيها الأكساب النادرة ونحوها ، فهي شركة فاسدة على الصحيح من المذهب [٥] .

صور معاصرة للشركات :

أولا - من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي :

حكم الودائع التي تسلم للبنوك الإسلامية بعقد استثماري على حصة من الربح :

جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف) ، في الفقرة الثانية من القرار : " الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعليا بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثماري على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة ، وتطبق عليه أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة " [٦] .

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/١٣٩ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٥/ ٤٦٥ .

(٢) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٧٧٨) : ٥٣٧ .
وهذا النوع يصح إن لم يدخلا فيها كسبا نادرا ، أو غرامة ، كلقطة وضمان مال ، فإن أدخلا فيها الأكساب النادرة ونحوها ، فهي شركة فاسدة على الصحيح من المذهب . [انظر : الإنصاف : ٥/ ٤٦٥] .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٦/٥٨ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٩١.

(٤) انظر : المنهاجي / **جواهر العقود** : ١/١٨٨ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٨/١٥٩؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/٢١٢.

(٥) انظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٥/ ٤٦٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/١٣٩ .

(٦) **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة** ، السنة السابعة — العدد السادس والعشرون ١٤١٦هـ ، فتاوى مجلس مجمع الفقه الإسلامي ، جزء من قرار رقم : ٩٠/٣/د٩ بشأن " الودائع المصرفية (حسابات المصارف) " : ٢٢١ .

ثانيا ـ أمثلة الشركات الحديثة [١] :

شركة المساهمة : وهي من أهم أنواع الشركات المنتشرة في العصر الراهن ، وتقوم على أساس تقسيم رأس المال إلى أجزاء صغيرة متساوية ، يطلق على كل منها سهم غير قابل للتجزئة ، ويكون قابلا للتداول . وتتحدد مسؤولية المساهم بقدر القيمة الاسمية لأسهمه ، فيضمن في حدود أسهمه ، ويكون الربح في حدود أسهمه أيضا ، فالأرباح توزع بنسبة الأسهم أي بنسبة رؤوس الأموال .

ويعتبر مدير الشركة والعاملين فيها أجراء عند المساهمين ، تدفع لهم مرتبات خاصة ، سواء أكانوا مساهمين أم غير مساهمين . وليس لمدير الشركة أن يستدين عليها بأكثر من رأس مالها ، فإن فعل فعليه الضمان .

وتسمى هذه الشركة شركة مغْفَلَة لإغفال الاعتبار الشخصي فيها ، وإنما الاعتبار الأول في تكوينها هو للمال ، وليس لشخصية الشركاء ، بل إن الشركاء لا يعرفون بعضهم البعض ، ولا يعرفون شيئا عن إدارة الشركة إلا ما يعرضه مجلس إدارتها على الجمعية العمومية عند اجتماعها السنوي ، ومجلس الإدارة يتصرف في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين .

إن إصدار الأسهم أمر جائز شرعا، فهذا النوع من الشركة جائز شرع ؛ لقيامها على أساس التراضي ، وهي شركة عنان ، ولا مانع من تعدد الشركاء واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابه لمسؤولية رب المال في المضاربة [٢] .

الشركة ذات المسؤولية المحدودة : هي شركة تجارية ، ولا اعتبار فيها لشخصية الشركاء واشترط القانون فيها ألا يزيد الشركاء فيها عن خمسين شريكا ، ومسؤولية الشريك فيها محدودة بمقدار حصته ، وتنتقل حصته لورثته . أما إدارتها فكإدارة الشركات المساهمة ، فيعين لها مديرا من المساهمين أو من غيرهم بمرتب محدد ، ويكون أجيرا ، أو يديرها أحد الشركاء نظير جزء من الأرباح . والشريك في هذا النوع من الشركة يكون صاحب حصة من الشركة وليس مساهما ، ولا تكون حصص الشركاء قابلة للتداول كالأسهم التجارية .

---

(١) لمزيد من الأمثلة لصور الشركات المعاصرة انظر : الزحيلي / **الفقه الإسلامي وأدلته** : ٤/٨٧٨-٨٨٥ ؛ الخياط / **الشركات في الشريعة الإسلامية** : القسم الثاني / الباب الثاني : أنواع الشركات وأحكامها .

(٢) انظر : الزحيلي / **الفقه الإسلامي وأدلته** : ٤/ ٨٨١ .

ويتميز هذا النوع من الشركات باهتمامه بالاشتراك الشخصي لا بالاكتتاب العام .

وهذه الشركة جائرة شرعا ، وتعد من شركات العنان ، وقد يكـــون فيــها بعــض خصائص المضاربة ، كما في تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته ، كما أن رب المـــال في المضاربة لا يسأل إلا بمقدار حصته [1] .

شركة المحاصة : هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالمساهمة في مشروع مـــلي ، بتقديم حصة من رأس المال ، أو العمل ، لاقتسام الناتج عن هذا المشـــروع مـــن ربـــح أو خسارة.

ويمتاز هذا النوع من الشركة بخفائه عن الناس لعدم وجودها الظاهر ، فليس لهـــا رأس مال شركة ، ولا عنوان شركة ، وليس لها شخصية معنوية مستقلة كبـــاقي الشـــركات ، فالذي يظهر منها شريك واحد يتعامل في الظاهر باسمه ، وتبقى الشركة مستترة ليـــس لهـــا شخصية اعتبارية . فهي شركة وقتية كالتي تنشأ في مزاد مثلا أو في صفقة خاصـــة تنتـــهي بانتهائها ، وتصفى الأرباح عقب بانتهائها .

وهذا النوع من الشركة إجمالا جائز شرعا ؛ لأنها نوع من أنواع شـــركة العنـــان ، ليست فيها مساواة ، ولا تضامن ولا تكافل ، وهي معقودة على نوع خاص مـــن أنـــواع التجارات ، والربح فيها يوزع على حسب الاتفاق ، والخسارة على قدر رؤوس الأموال .

والتكييف الفقهي لشركة المحاصة هو : أن هذا النوع من الشركة تكـــون عنانـــا إذا كانت حصص الشركاء شائعة الملكية بينهم ، وتكون عنانا ومضاربة إذا احتفظ كل شـــريك بملكية حصته ، لكنه سلمها لأحد الشركاء الموكل باستثمارها مع بقية الحصـــص لمصلحـــة الشركاء ، على أن يقتسموا الربح والخسارة بينهم بحسب الاتفاق أو الحصص .

فالمال المقدم من الشركاء إلى أحدهم هو رأس مال المضاربة ، والشريك المتصرف هـــو المضارب ، لكنه لما كان متقدما بجزء من رأس المال فهو شريك عنان ، كما أنه إذا تصـــرف معه بعض الشركاء في إدارة الشركة ، كانت الشركة عنان بينهم .

أما الشركاء المساهمون برأس المال فقط فهم شركاء مضاربة .

وإذا فهذا النوع من الشركة جمع بين شركة العنان والمضاربة فيكون مفاوضـــة ؛ لأن

---

(١) انظر : الزحيلي / **الفقه الإسلامي وأدلته** : ٤/٤٨٢ –٤٨٣ .

المفاوضة هي اجتماع أنواع من الشركة أو كل أنواعها ؛ فتصح لأن كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره [١] .

١٤ـ المساقاة :

المساقاة : دفع شجر مغروس معلوم ذي ثمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمره [٢].

وهي جائزة في قول أكثر أهل العلم وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة [٣] .

وقال أبو حنيفة وزفر [٤] : المساقاة بجزء من الثمر باطلة . وعند أبي يوسف ومحمد تجوز إذا ذكر مدة معلومة وسمّى جزءا من الثمر مشاعا [٥] .

والأصل في جوازها ما روى عبد الله بن عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ [٦].

---

(١) انظر : الزحيلي / **الفقه الإسلامي وأدلته** : ٤/٨٨٠-٨٨١ .

(٢) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م:١٩٤٧) : ٥٧٦ . وانظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٥/٤٦٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/٥٣٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٥٥٤.

قال ابن قدامة : " سُمِّيت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك " [المغني على مختصر الخرقي : ٥/٥٥٤] .

(٣) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٨٤ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ١/٢٤٨ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/٣٢٣ ؛ الشافعي / **الأم** : ٤/١١ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/٥٣٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/٥٥٤ .

(٤) **زفر بن الهُذَيل بن قيس العنبري (١١٠ - ١٥٨ هـ)** : من فقهاء الحنفية ، من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة . وهو أقيسهم . كان يأخذ بالأثر إن وجد . أصله من أصبهان ، وتولى قضاء البصرة ، وتوفي بها . وهو أحد الذين دوّنوا الكتب .

[انظر : اللكنوي /**الفوائد البهية في تراجم الحنفية** : (٧٥/٧٧) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣/٤٥)] .

(٥) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٩/٤٧٨ ؛ قاضي زاده / **تكملة فتح القدير المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار** : ٩/٤٧٨ .

(٦) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/٢٧٩ ، كتاب الحرث والمزارعة (٤١) ، باب إذا لم يشترط السِّنين في المزارعة (٩) ، حديث (٢٣٢٩) .

مسلم ، **الصحيح** : ٣/١١٨٦ ، كتاب المساقاة (٢٢) ، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع () ، حديث (١/١٥٥١) .

١٥ ـ المغارسة :

المغارسة : دفع شجر معلوم له ثمر مأكول بلا غرس مع أرض لمن يغرسه فيها ويعمل عليه حتى يثمر بجزء مشاع معلوم من الشجر أو من ثمره أو منهما [(١)].

والمغارسة جائزة عند جمهور الفقهاء من الحنفية بالصورة المذكورة في التعريف [(٢)] ، والمالكية بشروط [(٣)] ، والحنابلة [(٤)] ، ومنعها الشافعية [(٥)] .

ويشهد لجوازها ما رُوي عَنِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ [(٦)].

" ولأن العمل وعوضه معلومان فصحَّت كالمساقاة على شجر مغروس " [(٧)].

١٦ ـ المزارعة :

المزارعة [(٨)] : " دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه أو دفع مزروع ليعمل عليه المدفوع له بجزء مشاع معلوم من المتحصل " [(٩)].

والمزارعة فاسدة عند أبي حنيفة [(١٠)] ، وهي جائزة في قول أكثر أهل العلم ، وهو قول أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والمالكية بشروط ، والحنابلة ، وجماعة من الصحابة والتابعين [(١١)] .

---

(١) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٤٣/٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٩٤٨) : ٥٧٦.

(٢) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٢٨٩/٦ .

(٣) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٨٥ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه** : ١٦٥/٢ .

(٤) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٤٣/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٧٩/٥-٥٨٠ ابن قدامة / **الشرح الكبير** : ٥٥٩/٥ .

(٥) انظر : الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣٢٤/٢ .

(٦) تقدم تخريجه ، ص : ١٣١.

(٧) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٤٣/٢ .

(٨) وتسمى مخابرة من الخبار بفتح الخاء وهي الأرض الليِّنة ومواكرة ، والعامل فيها خبير وأكار ومواكر . [البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٤٤/٢].

(٩) البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٤٤/٢ . وانظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ٥٣٢/٣ .

(١٠) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ٤٦٢/٩ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٩/ ٤٦٢ .

(١١) انظر : المرغيناني/ **الهداية** : ٤٦٢/٩ ؛ البابرتي/ **العناية على الهداية** : ٩/ ٤٦٢ ؛ الدردير/ **الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه** : ١٦٥/٢ ؛ البخاري/ **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٢٧٥/٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥/ ٥٨١ ـــ ٥٨٢ ؛ ابن القيم / **الطرق الحكمية** : ٢٥٠-٢٥١.

وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها في الأرض البيضاء [١] .

ويشهد لجوازها ما روي عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ [٢].

وروى البخاري عَنْ أَبي جَعْفَرٍ [٣] قَالَ : مَا بِالْمَدِينَةِ أَهْلُ بَيْتِ هِجْرَةٍ إِلاَّ يَزْرَعُونَ عَلَى الثُّلُثِ وَالرُّبعِ . وَزَارَعَ عَلِيٌّ[٤] وَسَعْدُ بْنُ مَالِكٍ وعَبْدُاللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ[٥] وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِالْعَزِيزِ [٦]

---

(١) انظر : المنهاجي / جواهر العقود : ٢٤٨/١ ؛ الشربيني / مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ — ٣٢٤ .

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ١٣١ .

(٣) **محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي (– بضع عشرة ومائة)** : أبو جعفر الباقر ، ثقة فاضل ، من الطبقة الرابعة عند ابن حجر ، وهي الطبقة التي تلي الطبقة الوسطى من التابعين ، وجُلُّ روايتهم عن كبار التابعين . أمه بنت الحسن بن علي بن أبي طالب . روى عن أبيه ، وجديه الحسن والحسين ، وجد أبيه علي بن أبي طالب مرسل ، وعم أبيه محمد بن الحنفية ، وابن عم جده عبد الله بن جعفر بن أبي طالب ، وسمرة بن جندب ، وابن عباس ، وغيرهم . وروى عنه : ابنه جعفر ، وإسحاق السبيعي ، والأعرج ، والزهري وعمرو بن دينار ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٣١١/٩-٣١٣) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٤٩٧ ، ٦٢٨)]

(٤) **علي بن أبي طالب مناف بن عبد المطلب من بني هاشم من قريش (٢٣ ق هـ – ٤٠ هـ)** : أبو الحسن أمير المؤمنين ، ورابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة . زوجه النبي بنته فاطمة . كفّره الخوارج ، وغلا فيه الشيعة .

[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٥٠٧/٢-٥١٠) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٥٨٨/٣-٦٢٢)]

(٥) **عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي (– ٣٢ هـ)** : أبو عبد الرحمن ، من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً ، من أهل مكة ، ومن السابقين إلى الإسلام . كان ملازماً للرسول ﷺ وكان أقرب الناس إليه هدياً ودلاًّ وسمتاً . أخذ من فيه ﷺ سبعين سورة لا ينازعه فيها أحد . بعثه عمر إلى أهل الكوفة ليعلمهم أمر دينهم . له في الصحيحين ثمانية وأربعون وثمانمائة حديثاً .

[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٣٦٨/٢-٣٧٠) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (١٣٧/٤)] .

(٦) **عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي (٦١ – ١٠١ هـ)** : أبو حفص ، من كبار التابعين . الخليفة الصالح ، والملك العادل ، وربما قيل له " خامس الخلفاء الراشدين" لعدله وحزمه . ولد ونشأ بالمدينة . وولي إمارتها للوليد . ثم استوزره سليمان بن عبد الملك بالشام . وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة تسع وتسعين للهجرة فبسط العدل ، وسكن الفتن . مدة خلافته سنتان ونصف ، وأخباره في عدله وحسن سياسته كثيرة . روى عن أنس ، والسائب بن يزيد ، وعبد الله بن جعفر ، وعروة بن الزبير ، وغيرهم . وعنه : أبو سلمة بن عبد الرحمن ، وابناه عبد الله وعبد العزيز ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٤١٨/٧-٤٢٠) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٥٠/٥)] .

وَالْقَاسِمُ [١] وغيرهم [٢] .

وَعَامَلَ عُمَرُ [٣] النَّاسَ عَلَى إِنْ جَاءَ عُمَرُ بِالْبَذْرِ مِنْ عِنْدِهِ فَلَهُ الشَّطْرُ وَإِنْ جَاءُوا بِالْبَذْرِ فَلَهُمْ كَذَا [٤].

والحاجة داعية إليها كالمضاربة والمساقاة بل الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره لكونه مما يقتات به [٥]

١٧ ـ الإجارة :

لغة : المجازاة ، مشتقة من الأجر وهو الجزاء على العمل ، ومنه سُمِّي الثواب أجرا ، لأن الله تعالى يُعَوِّض العبد به على طاعته أو صبر عن معصيته [٦] .

وهي بكسر الهمزة أشهر من ضمها ومن فتحها . والأجرة الكراء والجمع أجر . ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة وبمعنى الأجرة . يقال : أعطيته إجارته أي أجرته [٧].

شرعا : عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا بعوض معلوم [٨].

والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فمنه قول الله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [٩]

---

(١) **القاسم بن عبد الرحمن الشامي الدّمشقي مولى آل أبي ابن حرب الأموي (– ١١٢ هـ) :** أبو عبد الرحمن ، من الطبقة الوسطى من التابعين ، صاحب أبي أمامة ، صدوق يغرب كثيراً . روى عن علي ، وابن مسعود ، وتميم الداري ، وعدي بن حاتم ، وعقبة بن عامر ، وغير واحد . وعنه : عبد الرحمن بن يزيد بن جابر ، وأبو الغيث عطية بن سليمان ، والوليد بن جميل ، وغيرهم .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٨/٢٩١) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٤٥٠)] .

(٢) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٢٧٥/٥ ، كتاب المزارعة (٤١) .

(٣) **عمر بن الخطّاب بن نُفَيل القرشي العدوي (٤٠ ق هـ – ٢٣ هـ) :** أبو حفص ، الفاروق . صاحب رسول الله ﷺ ، وأمير المؤمنين ، ثاني الخلفاء الراشدين . قتله أبو لؤلؤة المجوسي وهو يصلي الصبح .

[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٢/٥١٨-٥١٩) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٣/٦٤٢-٦٧٨) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٥/٤٥-٤٦)] .

(٤) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٢٧٥/٥ ، كتاب المزارعة (٤١) .

(٥) البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٤٤/٢ .

(٦) انظر (م : أجر) : ابن منظور / **لسان العرب** : ١٠/٤ .

(٧) انظر (م : أجر) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ١٠/٤ .

(٨) البهوتي / **كشاف القناع** : ٥٤٦/٣ .

والإجارة والإيجار والمكاراة بمعنى واحد . انظر : القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م:٥١٦) : ٢٠٥.

(٩) سورة الطلاق : آية ٦ .

قال الشافعي — رحمه الله — : فأجاز الإجارة على الرضاع ، والرضاع يختلف بكثرة رضاع المولود وقلته ، وكثرة اللبن وقلته ، ولكن لما لم يوجد إلا هذا جازت الإجارة عليه ، وإذا جازت عليه ، جازت على مثله ، وما هو في مثل معناه [(١)].

وقال تعالى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِندِكَ ﴾ [(٢)]

فذكر الله تعالى أن موسى عليه السلام آجر نفسه حججا مُسمَّاة ملك بها بضع امرأة ، فدل على جواز الإجارة . ولأن شَرْعَ من قبلنا شَرْعٌ لنا ما لم ينسخ [(٣)].

وقال تعالى : ﴿ فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ [(٤)] . دلت الآية على أن الإجارة كانت مشروعة عندهم وكذلك كانت في كل ملة ؛ لأنها من ضرورات الحياة ، وشَرْعَ من قبلنا شَرْعٌ لنا ما لم ينسخ .

وأما السُّنة :

فقوله ﷺ : ((قَالَ اللَّهُ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ)) [(٥)] . فيه دليل على أن الأجرة تستحق بالعمل ، فدل ذلك على جواز الإجارة [(٦)].

وحديث عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا في خبر الهجرة قالت : اسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدِّيلِ ثُمَّ مِنْ بَنِي عَبْدِ بْنِ عَدِيٍّ هَادِيًا خِرِّيتًا — الْخِرِّيتُ الْمَاهِرُ بِالْهِدَايَةِ — قَدْ غَمَسَ يَمِينَ حِلْفٍ فِي آلِ الْعَاصِي بْنِ وَائِلٍ ، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ ؛ فَأَمِنَاهُ ، فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا ، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ ، فَأَتَاهُمَا بِرَاحِلَتَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيَالٍ ثَلَاثٍ

---

(١) **الأم** : ٢٦/٤ . وانظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ١٦٨/١٨ — ١٦٩ .

(٢) سورة القصص : آية ٢٦ — ٢٧

(٣) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٢٧١/١٣ ؛ الشافعي / **الأم** : ٢٦/٤ .

(٤) سورة الكهف : آية ٧٧ .

(٥) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٦٨/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إثم من باع حرا (١٠٦) ، حديث (٢٢٢٧) .

(٦) انظر : الشوكاني / **نيل الأوطار** : ٣٣٣/٥ .

فَارْتَحَلا ، وَانْطَلَقَ مَعَهُمَا عَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ وَالدَّلِيلُ الدِّيلِيُّ فَأَخَذَ بِهِمْ أَسْفَلَ مَكَّةَ وَهُوَ طَرِيـــقُ السَّاحِلِ . [١]

وقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ)) [٢].

فأمر ﷺ بالمبادرة إلى إعطاء الأجير أجره قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الإجارة [٣].

وكذلك بعث رسول الله ﷺ والناس يؤاجرون ويستأجرون فلم ينكر عليهم ، فكـــان ذلك تقريرا منه ، والتقرير أحد وجوه السنة [٤].

وأجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الإجارة من غير نكير [٥] .

والعبرة أيضا دالة عليها ، فإن الحاجة داعية إليها فليس لكل إنسان دار يمتلكها ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم تطوعا . وكذلك ليس كل من أراد عملا قدر عليه بنفسه ولا يجد متطوعا به ، ولا إن قدر عليه أحسنه ، فلا بد من الإجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله طريقا للرزق ، فإن أكثر المكاسب بالصنائع . فلما كانت الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيـان ، وجاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع [٦] .

من فتاوى مجمع الفقه الإسلامي : الإيجار المنتهي بالتمليك وحكمه .

صورة هذا العقد :

---

(١) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥/٢٠٠ ، كتاب الإجارة (٣٧) ، باب استئجار المشـــركين عنـــد الضرورة ، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام وعامل النبيﷺ يهود خيبر (٣) ، حديث (٢٢٦٣) .

(٢) رواه ابن ماجة من حديث ابن عمر . وفي الزوائد : أصله في صحيح البخاري وغيره ، من حديث أبي هريـــرة . لكن إسناد المصنف ضعيف .

ابن ماجة ، **السنن** : ٢/٨١٧ ، كتاب الرهون (٦) ، باب أجر الأجراء (٤) ، حديث(٢٤٤٣) .

وانظر : الزيلعي / **نصب الراية** : ٤/١٢٩ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٤/١٧٤ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع**: ٤/١٧٣ — ١٧٤ ؛ المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٩/٦٠ ؛ ابـن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٦٥ — ١٦٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/٣٣٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/٦ .

(٦) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/٥٤٦ .

يعد الإيجار المنتهي بالتمليك من الصور المعاصرة لعقد الإجارة ، وهـو مـن وسـائل التمويل الخاص بمساعدة ذوي الدخل المحدود من أفراد المجتمع للحصول على حاجـة مـن حاجاتهم الأساسية كالمسكن والسيارة وغيرها .

وللإيجار المنتهي بالتملك عدة صور بناء على الواقع وهي :

١ـ أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة ينتهي بتمليك الشـيء المؤجـر إذا رغـب المستأجر في ذلك ، مقابل ما دفعه من أجرة لهذا الشيء خلال المـدة المحـددة ، ويصبـح المستأجر مالكا للشيء المؤجر بمجرد سداد القسط الأخير دون حاجة لإبرام عقد جديد .

٢ـ أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المسـتأجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العـين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل مبلغ معين .

٣ـ أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة كالصورة السابقة إلا أنه في نهاية المدة يكـون للمستأجر الخيار بين أمور ثلاثة :

الأول : تملك العين المؤجرة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سـبق أن دفعـها المستأجر كأقساط إيجار ، وهذا الثمن إما أن يحدد عند بداية التعاقد ، أو تبعا لأسعار السـوق عند نهاية العقد .

الثاني : مد مدة الإجارة .

الثالث : إعادة العين المؤجرة إلى مالكها [1] .

أما حكم هذا العقد فيتضح من خلال ما جاء في فتاوى الندوة الفقهية الأولى لبيـت التمويل الكويتي بشأن (التأجير المنتهي بالتمليك) :

" إذا وقع التعاقد بين مالك ومستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد بأجرة محـددة بأقساط موزعة على مدة معلومة ، على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل ، فإن هذا العقد يصح إذا روعي فيه ما يأتي :

(أ) ضبط مدة الإجارة ، وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة .

(ب) تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة .

---

(١) انظر : **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الرابع ، الشـاذلي ، ((الإيجـار المنتهي بالتمليك)) : ٢٦١٣ – ٢٦١٤ .

(ج) نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه ، تنفيذا لوعد سابق بذلك بين المالك والمستأجر .

هذا .. والندوة تؤكد ما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي في هذا الموضوع ضمن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية " (١)

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في شأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك ما يلي :

" أولا : الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى منها البديلان التاليان :

(الأول) : البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية .

(الثاني) : عقد الإجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة واحد من الأمور التالية :

ــ مد مدة الإجارة .

ــ إنهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها .

ــ شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة .

ثانيا : هناك صور مختلفة للإيجار المنتهي بالتمليك تقرر تأجيل النظر فيها إلى دورة قادمة بعد تقديم نماذج لعقودها وبيان ما يحيط بها من ملابسات وقيود بالتعاون مع المصارف الإسلامية لدراسته وإصدار القرار في شأنه " (٢) .

١٨ ـ المسابقة :

المسابقة لغة : من السبق وهو بلوغ الغاية قبل غيره . جاء في لسان العرب : " السَّبْق : القُدْمةُ في الجري وفي كل شيء " (٣) .

وشرعا : " المجاراة بين حيوان ونحوه كرماح ومناجق وكذا السباق والمناضلة " (٤).

(١) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الرابع : ٢٧٠٢ . وقد ورد في نهاية توصيات وفتاوى الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي قائمة بالأستاذة للمشاركين في الندوة الفقهية .

(٢) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الخامسة ، العدد الخامس ، الجزء الرابع ، قرار رقم (٦) بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك : ٢٧٦٣ — ٢٧٦٤ .

(٣) (م : سبق) : ١٠/١٥١ .

(٤) البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢/٣٨٣ ــ ٣٨٤ .

والمناضلة من النضل يقال ناضله مناضلة ونضالا راميته ، وهي المسابقة بالسهام وهي النشاب والنبل .

[انظر (م : نضل) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٣٣] . قال البهوتي : " سُمِّيت بذلك لأن السهم التام يُسمَّى نضلا فالرمي به عمل بالنضل " [**شرح منتهى الإرادات** : ٢/ ٣٨٤] .

والمسابقة جائزة بالسنة والإجماع .

أما السنة : فما روي عَنْ عَبْدِاللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي أُضْمِرَتْ [١] مِنَ الْحَفْيَاءِ [٢] وَأَمَدُهَا ثَنِيَّةُ الْوَدَاعِ ، وَسَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي لَمْ تُضْمَرْ مِنَ الثَّنِيَّةِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ . وَأَنَّ عَبْدَاللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ فِيمَنْ سَابَقَ بِهَا [٣] . والحديث ظاهر الدلالة على مشروعية المسابقة [٤] .

وعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : ((مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ يَعْنِي وَهُوَ لاَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْبِقَ فَلَيْسَ بِقِمَارٍ وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَقَدْ أُمِنَ أَنْ يَسْبِقَ فَهُوَ قِمَارٌ)) [٥].

و أجمع المسلمون على جواز المسابقة [٦] .

والمسابقة نوعان :

---

(١) أضمرت : المراد إعداد الخيل للسباق بأن تعلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقلل علفها بقدر القوت وتدخل بيتا وتغشى بالجلال حتى تحمى فتعرق فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجري .
[انظر : (م : ضمر) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٣٨ ؛ ابن حجر : **فتح الباري** : ١٦٤/٦] .

(٢) الْحَفْيَاء : مكان خارج المدينة . [انظر : (م : حفى) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٥٥ ؛ ابن حجر : **فتح الباري** : ١٦٣/٦]

(٣) رواه البخاري ومسلم .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٧٧/٢، كتاب الصلاة (٨) ، باب هل يقال مسجد بني فلان ؟ (٤١) ، حديث (٤٢٠) .
مسلم ، **الصحيح** : ١٤١٩/٣ ، كتاب الامارة (٣٣)، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها ، حديث (١٨٧٠/٩٥) .

(٤) انظر : ابن حجر : **فتح الباري** : ١٦٤/٦

(٥) رواه أبو داود ، وابن ماجة ، وأحمد .
أبو داود ، **السنن** : ٦٦/٣ ، كتاب الجهاد (٩) ، باب في المحلّل (٦٩) ، حديث (٢٥٧٩) .
ابن ماجة ، **السنن** : ٩٦٠/٢ ، كتاب الجهاد (٢٤) ، باب السبق والرهان (٤٤) ، حديث (٢٨٧٦) .
أحمد ، **المسند** : ٥٧٥/٣ ، مسند أبي هريرة (٢٩) ، حديث (١٠٥٦٢) .
قال البنا في **بلوغ الأماني** : ١٢٦/١٤ : صححه الحاكم وابن حزم .
و لم أقف عليه في المستدرك . ـــ والله أعلم ـــ

(٦) انظر : القرافي / **الذخيرة** : ٤٦٤/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٨٤/٢ .
قال القرافي : " المسابقة مستثناة من ثلاث قواعد : القمار ، وتعذيب الحيوان لغير مأكله ، وحصول العوض والمعوض لشخص واحد على الخلاف المتقدم ، واستثنيت من هذه القواعد لمصلحة الجهاد " . [الذخيرة : ٤٦٦/٣] .

١- مسابقة بغير عوض ، وتجوز مطلقا من غير تقييد بشيء ، كالمسابقة على الأقـــدام وغيرها [١] .

٢- مسابقة بعوض ، وتجوز عند الحنفية [٢] في أربعة أشياء فقـــط هـــي : النصـــل ، والحافر ، والخف ، والقدم [٣] .

وعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة [٤] تجوز في الثلاثـــة الأولى فقـــط وهي : النصل والخف والحافر .

١٩ ـ العارية :

لغة : من التعاور ، وهو التداول والتناوب مع الرد ، يقال : هم يَتَعَـــوَّرُون العَـــوَارِيَّ بَيْنَهم تَعَوُّراً إذا أعار بعضهم بعضا . واعْتَوَرُوا الشيء : تداولوه فيما بينهم ، وكذا تَعَـــوَّرُوهُ تَعَوُّراً . والإعارة مصدر أعار ، والاسم منه العَارِية ، وتطلق على الفعل وعلى الشيء المعـلو ، والاستعارة طلب الإعارة [٥].

وشرعا : هي العين المأخوذة من مالك منفعتها للانتفاع بها مطلقا أو زمنا معلوما بـــلا عوض [٦].

الإعارة : إباحة منفعة العين بلا عوض . ويطلق عليها العارية أيضا [٧].

وهذا التعريف بناء على أن العارية تفيد إباحة الانتفاع لا ملك المنفعة ، وهو مذهـــب

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٢٨/١١ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠٦/٦ .

(٣) النصل : السهم ذو النصل أو الرمح . والحافر : الفرس والحمار والبغل . والخف : البعير والبقر ونحوها .
انظر : ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٥٥/٣ ، ٦٧/٥ .

(٤) انظر : الدردير / **الشرح الكبير** : ٢٠٩/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣١١/٤-٣١٣ ؛ ابن قدامة / **المغـــني على مختصر الخرقي** : ١٢٨/١١ — ١٣٠ .

(٥) انظر : (م : عور) : الرازي / **مختار الصحاح** : ١٩٣ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٦٦ .

(٦) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩١/٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٢٧٨) : ٤٠٤ .

(٧) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩١/٢ ـــ ٣٩٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشـــرعية** (م: ١٢٧٩) : ٤٠٤ .

الشافعية والحنابلة . وذهب الحنفية ، والمالكية إلى أن العارية تفيد تمليك المنفعة [١] .

والعارية عقد معونة وإرفاق جاء الشرع بها وندب الناس إليها ، والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما الكتاب :

فقوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [٢] . والعارية من البر .

وقال تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ [٣]. فقد روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا : الماعون العواري . وفسر ابن مسعود العواري بأنها القدر والميزان والدلو [٤].

وأما السنة :

فما روي عن النَّبي ﷺ أنه قال فِي الْخُطْبَةِ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ : ((الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ)) [٥]

وروى صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ [٦] أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ أَدْرَاعًا فَقَالَ : أَغَصْبًا يَا مُحَمَّدُ ؟ قَالَ : ((بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ)) . قَالَ : فَضَاعَ بَعْضُهَا ، فَعَرَضَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ

---

(١) انظر : الحصكفي/**الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٦٧٧/٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢١٤/٦ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ١٤٥/٢ ؛ البغدادي/ **المعونة** : ١٢٠٨/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٥ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٣٦/٢-٢٣٧ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٩٢/٨ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩١/٢ ــ ٣٩٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٥٤/٥ .

(٢) سورة المائدة : آية ٣ .

(٣) سورة الماعون : آية ٧ .

(٤) انظر : ابن المنذر / **الإشراف على مذاهب أهل العلم** : ١٤٥/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٥٤/٥ .

(٥) تقدم تخريجه ، ص : ١١٨ .

(٦) **صَفْوان بن أُمَيَّة بن خَلَف بن حُذَافة بن جُمَح القرشي الجمحي المكي (– ٤٢ هـ)** : صحابي ، من المؤلفة قلوبهم ، وحسن إسلامه وأقام بمكة . كان أحد أشراف قريش في الجاهلية ، وكان أحد المُطْعِمين ، وكان من أفصح قريش . مات في أوائل خلافة معاوية ، وقيل أيام قتل عثمان ، وقيل غير ذلك.

روى عنه : ابنه عبد الله ، وعبد الله بن الحارث ، وعامر بن مالك ، وطاوس .

[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (١٨٧/٢-١٨٨) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٤٠٥/٢-٤٠٦) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٢٧٦)].

ﷺ أَنْ يُضَمِّنَهَا لَهُ ، قَالَ : أَنَا الْيَوْمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فِي الإِسْلَامِ أَرْغَبُ [١].

وأجمع المسلمون على جواز العارية [٢].

ومن المعقول : أن هبة الأعيان جائزة بالاتفاق ، فكذلك هبة المنافع ، فكلاهما من البر والمعروف ، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا [٣] .

٢٠ ـ الوديعة :

الوديعة لغة : وهي مأخوذة من الوَدْع ، وهو الترك ، ومنه قوله تعالى: ﴿ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى ﴾ [٤] . أي ما ترك عادة إحسانه في الوحي إليك ، لأن المشركين ادعوا ذلك لما تأخر عليه الوحي ، ولما كان المُودِع يترك ما له عندك سمي وديعة ، يقال : أودعت زيدا مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة أو أخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد لكن الفعل في الدفع أشهر . وجمعها ودائع . وقيل هي من الدَّعَة وهي من السكون وخفض العيش لأن المال ساكن عند المودَع [٥] .

والوديعة شرعا : " المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض " [٦].

والإيداع : توكيل رب المال غيره في حفظه بلا عوض [٧].

والأصل في مشروعيتها : الكتاب والسنة والإجماع .

---

(١) رواه أبو داود ، وأحمد .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

أبو داود ، **السنن** : ٨٢٢/٣ ــ ٨٢٣ ، كتاب البيوع والإجارات (١٧) ، باب في تضمين العارية (٩٠) ، حديث (٣٥٦٤).

أحمد ، **المسند** : ٢٢٣/٥ ، مسند صفوان بن أمية (٣٣) ، حديث (١٥٣٠٢) .

قال البنا في **بلوغ الأماني** : ١٣٠/١٥ : " وسكت عنه أبو داود والمنذري وأورد له الحاكم شاهدا من حديث ابن عباس ولفظه (بل عارية مؤداة) " .

انظر : **المستدرك** : ٤٧/٢ ، كتاب البيوع .

(٢) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٣/٩ ؛ الحصكفي / **الدر المختار** : ٦٧٦/٥ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١٠٢٨/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٦٣/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٥٤ .

(٣) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩١/٢ .

(٤) سورة الضحى : آية ٢ .

(٥) انظر (م : ودع) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٥٠ ؛أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ١٠٢١/٢ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ٣٨١/٨ وما بعدها ؛ الأصفهاني / **المفردات في غريب القرآن** : ٥١٧ .

(٦) ابن النجار / **منتهى الإرادات** : ٤٤٩/٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م:١٣١٦) : ٤١٤ .

(٧) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٣١٧) : ٤١٤ .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ [١].

وقوله تعالى : ﴿ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ [٢].

أما السنة :

فقوله ﷺ : ((أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ)) [٣].

وأجمعت الأمة على جواز الإيداع ، فالحاجة داعية إليه [٤] .

٢١ ـ الجعالة :

الجعالة لغة : مشتقة من الجعل بمعنى التسمية لأن الجاعل يسمى الجعل للعامل . أو من الجعل بمعنى الإيجاب . يقال : جعلت له كذا أي أوجبت ويسمى ما يُعطاه الإنسان على أمر يفعله : جعلا وجعالة وجعيلة [٥].

وشرعا : تسمية مال معلوم لمن يعمل لشخص عملا مباحا ، ولو كان العمل مجهولا أو لمن يعمل له مدة ولو مجهولة [٦]. كتقديم مكافأة لمن يرد متاعا ضائعا ، أو يبني حائطا وغير ذلك .

---

(١) سورة النساء : آية ٥٨.

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٣) رواه الترمذي ، وأبو داود ، وأحمد ، والحاكم .
قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ إِلَى هَذَا الْحَدِيثِ .
الترمذي ، **السنن** : ٥٦٤/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب (٣٨) ، حديث (١٢٦٤)
أبو داود ، **السنن** : ٨٠٥/٣ ، كتاب البيوع (١٧) ، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (٨١) ، حديث (٣٥٣٥) .
أحمد ، **المسند** : ٢٥٧/٥ ، مسند المكيين ، حديث رجل عن النبي صلى الله عليه وسلم (٥٣) ، حديث (١٥٤٢٤) .
الحاكم ، **المستدرك** : ٤٦/٢ ، كتاب البيوع .

(٤) انظر : المرغيناني / **الهداية**: ٤٨٥/٨ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٨٥/٨ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ١٣٩/٩ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٦٨/١ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٤٤٩/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٨٠/٧ .

(٥) انظر (م : جعل) : الزمخشري / **أساس البلاغة** : ٩٥ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٤٠ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٤٥ .

(٦) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٤٦٨/٢ .

والجعالة عقد جائز لكل من العاقدين فسخها ، وهي نوع إجارة لوقوع العوض في نظير النفع . وتتميز عن الإجارة بما يلي :

١- أن للعامل حق الفسخ قبل الشروع في العمل وبعده ، بخلاف الإجارة .

٢- أن العقد قد يقع مبهما لا مع معين ، بخلاف الإجارة فإنه لابد أن يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين .

٣- يجوز الجمع فيها بين تقدير المدة والعمل بخلاف الإجارة [(١)].

والجعالة غير جائزة عند الحنفية [(٢)] لما فيها من الغرر بجهالة العمل والمدة قياسا على سائر الإجارات التي يشترط فيها العلم بالعوضين .

وهي جائزة عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة [(٣)]، ويدل لمشروعيتها :

من الكتاب : ما جاء في قصة يوسف عليه السلام مع إخوته في قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [(٤)].

فدلت هذه الآية على جواز الجعالة ، فقد جعل يوسف عليه السلام لمن جاء بالصواع [(٥)] المفقود حمل بعير [(٦)] .

من السنة : عَنْ أَبِي سَعِيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : انْطَلَقَ نَفَرٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ فِي سَفْرَةٍ سَافَرُوهَا حَتَّى نَزَلُوا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ ، فَاسْتَضَافُوهُمْ فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمْ ، فَلُدِغَ سَيِّدُ ذَلِكَ الْحَيِّ، فَسَعَوْا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لاَ يَنْفَعُهُ شَيْءٌ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَوْ أَتَيْتُمْ هَؤُلاَءِ الرَّهْطَ الَّذِينَ نَزَلُوا لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَ بَعْضِهِمْ شَيْءٌ ، فَأَتَوْهُمْ فَقَالُوا : يَا أَيُّهَا الرَّهْطُ إِنَّ سَيِّدَنَا لُدِغَ وَسَعَيْنَا لَهُ بِكُلِّ شَيْءٍ لا يَنْفَعُهُ فَهَلْ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ شَيْءٍ ؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ : نَعَمْ وَاللَّهِ إِنِّي لَأَرْقِي وَلَكِنْ وَاللَّهِ لَقَدِ اسْتَضَفْنَاكُمْ فَلَمْ تُضَيِّفُونَا فَمَا أَنَا بِرَاقٍ لَكُمْ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلاً، فَصَالَحُوهُمْ عَلَى قَطِيعٍ مِنَ الْغَنَمِ ، فَانْطَلَقَ يَتْفِلُ عَلَيْهِ وَيَقْرَأُ ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾ [(٧)]

---

(١) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٢٣٢/٩ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٤٦٨/٢ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٠٣/٦-٢٠٥ .

(٣) انظر : القرافي / **الذخيرة** : ٦/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٦٠/٤ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤١٢/١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٢٩/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٤٦٨/٢.

(٤) سورة يوسف : ٧٢ .

(٥) الصُّواعُ لغة في الصاع وقيل هو إناء يشرب فيه ، والصاع هو المكيال الذي يكال به . [انظر : (م : صوع) : الرازي / **مختار الصحاح** : ١٥٦ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٣٤] .

(٦) انظر : القرطبي / **الجامع لأحكام القرآن** : ٢٣٢/٩ .

(٧) سورة الفاتحة : ١ .

فَكَأَنَّمَا نُشِطَ مِنْ عِقَالٍ ، فَانْطَلَقَ يَمْشِي وَمَا بِهِ قَلَبَةٌ [١] ، قَالَ : فَأَوْفَوْهُمْ جُعْلَهُمُ الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : اقْسِمُوا ، فَقَالَ الَّذِي رَقَى : لا تَفْعَلُوا حَتَّى نَأْتِيَ النَّبِيَّ ﷺ فَنَذْكُرَ لَهُ الَّذِي كَانَ فَنَنْظُرَ مَا يَأْمُرُنَا . فَقَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرُوا لَهُ ، فَقَالَ : ((وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ)) ثُمَّ قَالَ : ((قَدْ أَصَبْتُمُ اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ سَهْمًا فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ)) [٢].

فهذا الحديث ظاهر الدلالة على جواز الجعالة لإقراره ﷺ فعل صحابته رضوان الله عليهم من أخذهم الجعل مقابل الرقية .

ولمساقاته عليه السلام أهل خيبر وهي جعالة [٣] ، والحاجة داعية إليها .

٢٢ ـ الوقف :

الوقف لغة : الحبس ، يقال : وقفت الدار وقفا حبستها في سبيل الله ، وشيء موقوف ووَقْف أيضا تسمية بالمصدر [٤].

وشرعا : تسبيل منفعة عين لجهة معينة تقربا إلى الله تعالى [٥].

وفي هذا التعريف خروج من اختلاف الفقهاء في حكم العين الموقوفة [٦] .

ومشروعية الوقف ثابتة بالسنة القولية ، والعملية ، وإجماع الصحابة :

---

(١) أي أَلَمٌ وعلّة . [انظر : ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٩٨/٤] .

(٢) رواه البخاري .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٢١٤/٥ ، كتاب الإجارة (٣٧) ، باب ما يُعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب (١٦) ، حديث (٢٢٧٦) .

(٣) انظر من البحث ، ص : ١٣١ .

(٤) انظر (م : وقف) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٥٦ .

(٥) القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م :٧٥٥) : ٢٧٧ . وانظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٠/٤ ــ ٢٤١.

(٦) انظر تفصيل القول في هذه المسألة : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٦/ ٢٠٣ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٠٣/٦ ؛ ابن عابدين / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣٣٨/٤-٣٣٩ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٤٨ ؛ ابن عرفة / **الحدود** : ٤١١ ؛ الرصاع التونسي / **شرح حدود ابن عرفة** : ٤١١ ؛ الآبي /**جواهر الإكليل** : ٢٠٥/٢ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٣١٨/١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٢/٥ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣٧٦/٢ ؛ ابن قدامة / **الكافي في فقه الإمام أحمد** : ٤٥٥/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٠/٤ .

أما السنة : فمنها ما روي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِﷺ قَالَ : ((إِذَا مَاتَ الإِنسانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاثَةٍ : إِلاَّ مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ)) (١) .

وعَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنْ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَصَابَ أَرْضًا بِخَيْبَرَ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ مَالاً قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ فَمَا تَأْمُرُ بِهِ ؟ قَالَ : ((إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا)) قَالَ : فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ أَنَّهُ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ وَلاَ يُورَثُ ، وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ ، وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ ، وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالضَّيْفِ، لا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ (٢).

قَالَ أَبُو عِيسَى (٣) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ لا نَعْلَمُ بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ اخْتِلافًا فِي إِجَازَةِ وَقْفِ الْأَرَضِينَ وَغَيْرِ ذَلِكَ (٤).

وروي أن المهاجرين والأنصار حبسوا أموالهم صدقة مؤبدة ، لا تُشترى أبدا ، ولا توهب ، ولا تورث . قال جابر رضي الله عنه : لم يكن أحد من أصحاب النبيﷺ ذا مقدرة إلا وقف (٥) .

---

(١) رواه مسلم .
مسلم ، **الصحيح** : ١٢٥٥/٣ ، كتاب الوصية (٢٥) ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (٣) ، حديث (١٦٣١/١٤)

(٢) متفق عليه .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٧٠٨/٥ ، كتاب الشروط (٥٤) ، باب الشُّروط في الوقف (١٩) ، حديث (٢٧٣٧) .
و : ٥٧/٦ ، كتاب الوصايا (٥٥) ، باب الوقف كيف يُكتَبُ (٢٨) ، حديث (٢٧٧٢) .
مسلم ، **الصحيح** : ١٢٥٥/٣ ، كتاب الوصية (٢٥) ، باب الوقف (٤) ، حديث (١٦٣٣) .

(٣) **محمد بن عيسى بن سورة السلمي البوغي الترمذي (٢٠٩ - ٢٧٩ هـ)** : أبو عيسى ، من أئمة الحديث وحفاظه . من أهل ترمذ على نهر جيحون . تلميذ البخاري ، وشاركه في بعض شيوخه .
من تصانيفه : (الجامع الكبير) المعروف بسنن الترمذي ، و(العلل) ، وغيرها .
[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٣٤٤/٩-٣٤٥) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (١٠٤/١١-١٠٥)].

(٤) الترمذي ، **السنن** : ٦٥٩/٣ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب في الوقف (٣٦) ، حديث (١٣٧٥) .

(٥) ذكره ابن قدامة في المغني ونقل الإجماع ، ولم أقف على تخريجه . انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٠٦/٦ .

وهذا إجماع منهم على الوقف . وقد اشتهر ذلك و لم ينكره أحد فكان إجماعا [١].

٢٣ ـ الهبة :

الهبة لغة : العطية الخالية عن الأغراض والأعواض ، فإذا كثرت سُمِّي صاحبها وهابا. والاتهاب قبول الهبة . والاستيهاب سؤالها . وتواهبوا وهب بعضهم لبعض ، وكل ما وهب لك فهو موهوب [٢] .

وشرعا : تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا موجودا مقدورا على تسليمه في الحياة بلا عوض [٣].

ويدل على مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ [٤] ، فدلَّت الآية على جواز هبة المرأة المهر للزوج إن طابت نفسها بتركه [٥] .

وقال تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [٦] ، فأمر الله سبحانه وتعالى بالتعاون على البر ، والهبة بر .

وأما السُّنة : فقوله ﷺ : ((يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ لاَ تَحْقِرَنَّ جَارَةٌ لِجَارَتِهَا وَلَوْ فِرْسِنَ[٧] شَاةٍ)) [٨] .

وفي الحديث إشارة إلى المبالغة في إهداء الشيء اليسير وقبوله .

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/ ٢٠٦ ــ ٢٠٨ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٠/٤ .

(٢) انظر (م : وهب) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٨٠٣/١ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٥٨.

(٣) انظر : البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٥١٧/٢ ــ ٥١٨ .

(٤) سورة النساء : آية ٤ .

(٥) انظر : الرازي / **التفسير الكبير ومفاتيح الغيب** : ١٨٩/٩ ــ ١٩٠ ؛ الجصاص/ **أحكام القران** : ٥٧/٢ ــ ٥٨ ؛ ابن العربي/ **أحكام القران** : ٣١٧/١ ــ ٣١٨ .

(٦) سورة المائدة : آية ٢.

(٧) هو للبعير موضع الحافر للفرس ، ويطلق على الشاة مجازا ، ونونه زائدة ، والجمع فَرَاسِن .
[انظر : (م: فرس) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٧٨ ؛ ابن حجر / **فتح الباري** : ٥١١/٥] .

(٨) متفق عليه من حديث أبي هريرة .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥٠٩/٥ ، كتاب الهبة (٥١) ، باب (١) ، حديث (٢٥٦٦) .
مسلم ، **الصحيح** : ٧١٤/٢ ، كتاب الزكاة (١٢) ، باب الحث على الصدقة ولو بالقليل ولا تمتنع من القليل لاحتقاره (٢٩) ، حديث (٩٠/١٠٣٠) .

وقال رسول الله ﷺ : ((تَصَافَحُوا يَذْهَبِ الْغِلُّ ، وَتَهَادَوْا تَحَابُّوا وَتَذْهَبِ الشَّحْنَاء)) [١] . وهذا ندب إلى التهادي ، والهدية هبة .

وأنعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها [٢].

٢٤ ـ الوصية :

الوصية لغة : معناها عهد إليه بأمر ، سميت وصية لأن الميت وصل ما كان فيه من أمر حياته بما بعده من أمر مماته . يقال : أوصى له بشيءٍ وأَوْصَى إليه أي عهد إليه ، وأوصيت له بمال جعلته له ، وأوصيته بولده استعطفته عليه ، ووصى وأوصى بمعنى واحد ، والاسم الوِصَايَةُ بفتح الواو وكسرها . والوصي الذي يوصي والذي يوصى له ، وهو من الأضداد ، وجمعها أوصياء .

وقوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ [٣] أي يأمركم ، لأن الوصية من الله فرض [٤].

وشرعا : تقدم بيان معناها [٥] .

والقياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح ، إلا أنهم استحسنوا جوازها بالكتاب والسنة الكريمة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تبارك وتعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [٦].

---

(١) رواه مالك مرسلا .
مالك ، **الموطأ** : ٦٩٣/٢ ، كتاب حسن الخلق (٤٧) ، باب ما جاء في المهاجرة (٤) ، حديث (١٦) .
وروي من غير هذا الوجه مسندا . انظر : الزيلعي / **نصب الراية** : ١٢٠/٤ — ١٢١ .

(٢) انظر : المرغيناني / **الهداية** : ١٩/٩ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٩٧/٤ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣٩٦/٢ ؛ ابن المنذر / **الإجماع** : ٦٥ — ٦٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٧٣/٦ .

(٣) سورة النساء : آية ١١.

(٤) انظر (م : وصى) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٣٩٤/١٥-٣٩٥ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٥٤ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٣٠٢ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ١٠٣٨/٢ .

(٥) انظر ، ص : ٥٦ .

(٦) سورة البقرة : آية ١٨٠.

فالآية دالة على وجوب الوصية ، لأمر المولى سبحانه وتعالى أمر بها [١] .

وقوله تعالى في آية المواريث : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [٢] فشرع الميراث مرتبا على الوصية فدل على أن الوصية جائزة .

وقوله ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ ﴾ [٣] ، ندبنا سبحانه وتعالى إلى الإشهاد على حال الوصية فدل على أنها مشروعة .

وأما السنة : فما روي عَنْ سَعْدِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ : عَادَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا مَرِيضٌ فَقَالَ : أَوْصَيْتَ، قُلْتُ : نَعَمْ قَالَ بِكَمْ ؟ قُلْتُ : بِمَالِي كُلِّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ . قَالَ : فَمَا تَرَكْتَ لِوَلَدِكَ . قُلْتُ : هُمْ أَغْنِيَاءُ بِخَيْرٍ . قَالَ : أَوْصِ بِالْعُشْرِ . فَمَا زِلْتُ أُنَاقِصُهُ حَتَّى قَالَ : أَوْصِ بِالثُّلُثِ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ)) [٤] .

فقد جوز رسول الله ﷺ الوصية بالثلث .

وقوله ﷺ : ((مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ)) [٥].

وأما الإجماع : فإن الأمة من لدن رسول الله إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد فيكون إجماعا من الأمة على ذلك [٦].

---

(١) انظر : الرازي / **التفسير الكبير** : ٦٤/٣.

(٢) سورة النساء : آية ١١ .

(٣) سورة المائدة : آية ١٠٦ .

(٤) رواه الترمذي .

قَالَ أَبُو عِيسَى : حَدِيثُ سَعْدٍ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ وَجْهٍ وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ ((وَالثُّلُثُ كَبِيرٌ)) ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ .

الترمذي ، **السنن** : ٣٠٥/٣ ، كتاب الجنائز (٨) ، باب ما جاء في الوصية بالثلث والربع (٦) ، حديث (٩٧٥) .

(٥) متفق عليه ، من حديث ابن عمر .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٣/٦ ، كتاب الوصايا (٥٥) ، باب الوصايا ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (وصية الرجل مكتوبة عنده) (١) ، حديث (٢٧٣٨) .

مسلم ، **الصحيح** : ١٢٤٩/٣ ، كتاب الوصية (٢٥) ، حديث (١/ ١٦٢٧) .

(٦) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٣٠/٧ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٤١/١ ؛ البهوتي /**شرح منتهى الإرادات** : ٥٣٨/٢ .

٢٥ ـ النكاح :

النكاح لغة : الضم والتداخل ، ويكون في الأشياء المحسوسة ، ومنه قولهم تناكحت الأشجار إذا التفت أغصانها ودخل بعضها في بعض ، وتناكح القوم تزاوجوا [(١)].

وشرعا : عقد تزويج يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته [(٢)].

والنكاح مشروع بالإجماع[(٣)] المستند إلى النصوص القاطعة من الكتاب والسنة .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ ﴾[(٤)].

وقول الله تعالى : ﴿ وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لاَ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفًا ﴾ [(٥)]

ومن السنة : قوله ﷺ : ((يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ)) [(٦)].

وروى البخاري ومسلم عن أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ [(٧)] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال : جَاءَ ثَلاثَةُ رَهْطٍ إِلَى بُيُوتِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ يَسْأَلُونَ عَنْ عِبَادَةِ النَّبِيِّ ﷺ فَلَمَّا أُخْبِرُوا كَأَنَّهُمْ تَقَالُّوهَا فَقَالُوا : وَأَيْنَ

---

(١) انظر (م : نكح) : أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٩٥١/٢ ؛ الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ٢٥٤/١ ابن منظور / **لسان العرب** : ٦٢٥/٢ .

(٢) البهوتي / **كشاف القناع** : ٥/٥ .

(٣) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٣٤/٧ .

(٤) سورة النساء : آية ٣ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٦) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٣٣/١٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم : ((مَنِ اسْتَطَاعَ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ)) وهل يتزوج من لا أرب له في النكاح ؟ (٢) ، حديث (٥٠٦٥) .

مسلم ، **الصحيح** : ١١٨/٢ ــ ١١٩ ، كتاب النكاح (١٦) ، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة ، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم (١) ، حديث (١٤٠٠/١) .

(٧) **أَنَسُ بنُ مَالِك بن النَّضر ، الأنصاري الخزرجي النجاري (١٠ ق هـ ــ ٩٣ هـ)** : صاحب رسول ﷺ وخادمه ، خدمه إلى أن قُبض . ثم رحل إلى دمشق ، ومنها إلى البصرة ، فمات بها آخر من مات من الصحابة. وهو من المكثرين في الرواية عن رسول الله ﷺ وله في الصحيحين ٢٢٨٧ حديثاً . روى عنه : ابن سيرين ، وحميد الطويل ، وقتادة ، والحسن البصري ، والزهري ، وغيرهم .

[انظر : ابن الأثير / **أسد الغابة** : (١٥١/١-١٥٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢٤/٢-٢٥)] .

نَحْنُ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ قَدْ غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ . قَالَ أَحَدُهُمْ : أَمَّا أَنَا فَإِنِّي أُصَلِّي اللَّيْلَ أَبَدًا . وَقَالَ آخَرُ : أَنَا أَصُومُ الدَّهْرَ وَلا أُفْطِرُ . وَقَالَ آخَرُ : أَنَا أَعْتَزِلُ النِّسَاءَ فَلا أَتَزَوَّجُ أَبَدًا . فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَيْهِمْ فَقَالَ : ((أَنْتُمُ الَّذِينَ قُلْتُمْ كَذَا وَكَذَا أَمَا وَاللَّهِ إِنِّي لأَخْشَاكُمْ لِلَّهِ وَأَتْقَاكُمْ لَهُ لَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ وَأُصَلِّي وَأَرْقُدُ وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي)) [١].

والأحاديث الدالة على الحث على النكاح وتفصيل أحكامه كثيرة تفيض بها كتب المتون ، فلا فمن أراد الاستزادة فليراجعها .

٢٦ . القسمة :

القسمة لغة : الفرز ، يقال : قسمته قسما أي فرزته أجزاء فانقسم [٢].

وشرعا : " إفراز حق وتمييز أحد النصيبين عن الآخر " [٣].

وهي مشروعة بالإجماع [٤] المستند إلى النصوص القاطعة من الكتاب والسنة .

أما الكتاب :

فقوله اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ ﴾ [٥] الواردة في قسمة التركة .

وأما السنة :

فقوله ﷺ : ((أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَيُّمَا

---

(١) متفق عليه .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٠/١٣٠ ، كتاب النكاح (٦٧) ، بَاب التَّرْغِيبِ فِي النِّكَاحِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (١) ، حديث (٥٠٦٣) .
مسلم ، **الصحيح** : ٢/١٠٢٠ ، كتاب النكاح (١٦) ، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنه واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم (١) ، حديث (١٤٠١) .

(٢) انظر (م : قسم) : الفيومي / **المصباح المنير** : ١٩٢ .

(٣) ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١١/٤٩٢ . وانظر : القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٧٧٩) : ٥٣٧ .

(٤) انظر : المرغيناني / **الهداية شرح بداية المبتدي** : ٩/٤٢٥ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٧/١٨٣ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣/٤٩٨ ؛ **الإجماع** : ٧٩ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١١/٤٩٠ .

(٥) سورة النساء : آية ٨ .

دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْإِسْلَامِ)) [١] .

عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِاللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : ((قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ)) [٢].

وللقسمة أنواع مختلفة ، فكل مذهب ينظر إليها من جانب .

فعند الحنفية [٣] القسمة نوعان :

١- قسمة جبرية : وهي التي يتولاها القاضي بطلب أحد الشركاء . ولو قسم القاضي أو نائبه بالقرعة فليس لبعض الشركاء الرفض بعد خروج بعض السهام — الأنصباء — [٤] .

٢- قسمة رضائية : وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي لتمييز نصيب كل منهم عن الآخر [٥] .

وكل منهما نوعان :

١- قسمة التفريق : وهي تعيين الحصص الشائعة في كل جزء من العين المشتركة في كل حصة من أقسامها . كقسمة دار كبيرة بين شريكين يختص كل منهم بنصف [٦] . وتكون في كل ما لا ضرر في تقسيمه .

٢- قسمة جمع : وهي تعيين الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة في أقسامها . كقسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة إلى ثلاثة أقسام كل قسم عشرة شياه [٧] . وهي جائزة في الجنس الواحد ، ولا تجوز في جنسين مختلفين .

---

(١) رواه مالك .
مالك / **الموطأ** : ٥٧٢/٢ ، كتاب الأقضية (٣٦) ، باب القضاء في قسم الأموال (٢٧) ، حديث (٣٥) .

(٢) رواه البخاري .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ١٥٦/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب بَيع الأرض والدُّورِ مُشاعاً غير مقسوم (٩٧) ، حديث (٢٢١٤) .

(٣) انظر : ابن عابدين/**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٢٥٣/٦-٢٥٥ ؛ الكاساني/**بدائع الصنائع** : ١٩/٧-٢٢ .

(٤) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٢١) : ١١٢/١١ .

(٥) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٢٢) : ١١٢/١١ .

(٦) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م: ١١١٥) : ١٠٢/١١ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، شرح (م : ١١١٥) : ١٠٣/١١ .

(٧) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١١٥) : ١٠٢/١١ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، شرح (م : ١١١٥) : ١٠٢/١١ .

وعند المالكية [١] قسمة الرقاب نوعان :

١- قسمة قرعة : وهي تمييز حق مشاع بين الشركاء . واختلف فيها هل هي بيع أو تمييز حق ؟

وقسمة القرعة يجبر عليها من أباها ، وتكون فيما يحتمل القسم ، ولا تجوز في المكيل والموزون ولا في الأجناس المختلفة ، ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين .

٢- قسمة مراضاة : وهي بأن يأخذ كل واحد من الشركاء حصة من المشترك ، يرضى به بلا قرعة .

وهذا النوع من القسمة كالبيع ، فمن صار شيء له بالتراضي ، ملك ذاته ، وليس له رده إلا بالتراضي ، ولا رد فيها بالغبن إلا إذا كانت المراضاة بعد تعديل وتقويم .

وهذا النوع من القسمة يصح في متحد الجنس كأن يأخذ أحدهما دارا والآخر دارا ، أو مختلف الجنس كأن يأخذ أحدهما عقارا والآخر دابة .

وعند الشافعية [٢] القسمة ثلاثة أنوع :

١- قسمة الإفراز : وتسمى أيضا قسمة المتشابهات أو قسمة الأجزاء : وهي إفراز حق كل من الشركاء . وتكون فيما لا ضرر فيه ، كالمثليات من الحبوب والدراهم ، والأرض المتساوية الأجزاء ، والدور متفقة الأبنية .

ويجري في هذا النوع من القسمة الإجبار ، فإذا دعا الشريك شريكه إلى قسمة ما لا ضرر فيه لزم شريكه إجابته ، لعدم حصول الضرر بالقسمة .

٢- قسمة التعديل : وهي أن تقوم السهام المختلفة بالقيمة لتحقق المساواة بين الشركاء ، كأرض تختلف قيمة أجزائها بسبب قوة إنبات ، أو قرب ماء أو يختلف جنس ما فيها كبستان بعضه نخل وبعضه عنب ، فإذا كانت الأرض مشتركة بين اثنين مناصفة ، وكانت قيمة ثلثها تساوي قيمة الثلثين لاشتماله على ما ذكر ، فيجعل الثلث سهما والثلثان سهما ، ويقرع بينهما . فهي بيع .

ويجري في هذا النوع من القسمة الإجبار ، فإن أمكن قسم الجيد وحده والرديء وحده ، لم يجبر الشريك على التعديل ، كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء .

---

(١) انظر : **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٩٨/٣-٥٠٠ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٨٧-١٨٨ .

(٢) انظر : البيجرمي / **حاشية البيجرمي على الخطيب** : ٣٤١/٤-٣٤٤ .

ويجبر على قسمة التعديل في أحوال منها : المنقولات من الصنف الواحد المختلفة الصفة ، كثياب من نوع واحد مختلفة الصفات ، وكذلك في قسمة دكاكين صغار متلاصقة متساوية القيمة ؛ للحاجة إلى القسمة ، بخلاف الدكاكين الكبيرة والصغيرة غير المتلاصقة ؛ لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية .

٣- قسمة الرد : وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبي غير المقسوم ، كأن يكون بأحد الجانبين من الأرض المشتركة بئر أو شجر لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمة البئر أو الشجر . فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفا ، وحصته النصف ، رد الآخذ خمسمائة . فهي بيع .

ولا يجري في هذا النوع من القسمة الإجبار ، لأن فيه تمليكا لما لا شركة فيه وهو المال الذي يدفعه الشريك لشريكه من غير المقسوم .

وإذا فالقسمة عند الشافعية قسمة إجبار وهي إفراز أو تعديل، وقسمة تراض .

وعند الحنابلة [١] القسمة نوعان :

١- قسمة التراض ، وهي : القسمة الحاصلة بين الشركاء مع ضرر أحدهم أو رد عوض من بعضهم لبعض التعديل [٢]. كقسمة الدور الصغيرة بين الشركاء . ولا إجبار في هذا النوع من القسمة ، فإن طلب أحد الشريكين قسمة بعضها في مقابلة بعض ، لم يجبر الآخر ؛ لأن كل عين تختص باسم وصورة .

وحكمها قسمة التراضي كالبيع ؛ لأن صاحب الزائد بذل المال عوضا عما حصل له من حق شريكه، وهو معنى البيع [٣] .

٢- قسمة الإجبار ، وهي : القسمة التي لا ضرر فيها على أحد الشركاء ولا رد عوض [٤] . كقسمة مكيل أو موزون من جنس واحد ، كسائر الحبوب المكيلة أو الثمار .

* * * * *

(١) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١١/٤٩٣ - ٢٩٧.

(٢) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٨٠) : ٥٣٧ .

(٣) انظر : ابن قدامة / المغني على مختصر الخرقي : ١١/٤٩٢ .

(٤) القاري / مجلة الأحكام الشرعية (م : ١٧٨١) : ٥٣٧ .

المبحث الثاني ــ العقود التي كانت غير المسمَّاة :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول ــ تعريف العقود غير المسماة :

جاء في المدخل الفقهي العام تعريف العقود غير المسمَّاة بأنها هي : التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ، ولم يُرتِّب التشريع أحكاما خاصة بها [1].

والعقود غير المسمَّاة كثيرة لا تنحصر ؛ لأنها تَتَنوَّع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة ، ويجمعها اسم العقد والاتفاق [2] .

وقد استوعب الفقه الإسلامي جميع العقود التي كانت معروفة في طور تأسيسه ، ثم نشأت في الفقه الإسلامي عقود كثيرة في عصور مختلفة وبقيت زمنا بلا أسماء إلى أن اصطلح الفقهاء على أسماء خاصة لها وقرَّروا لها أحكاما فأصبحت عقودا مسمَّاة وفي المطلب التالي ذكر أمثلة لهذه العقود .

المطلب الثاني ــ أمثلة العقود التي كانت غير المسماة .

١. بيع الوفاء :

بيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء هو : البيع بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن يردُّ المشتري إليه المبيع [3].

ويسمِّيه بعض الحنفية بيع المعاملة ، والرهن المعاد ، ويسميه المالكية بيع الثنيا ، والشافعية بيع العهدة ، والحنابلة بيع الأمانة . وسُمِّي ببيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط ، فهو عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق التراد في العوضين ، فهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد

---

(١) انظر : الزرقا : ١/٥٣٨ ، ٥٦٩ .

(٢) جميع العقود ذات الطرفين إنما هي في جوهرها العام اتفاقات ، فما بقي منها غير مسمًّى باسم خاص فإنه يحمل هذا الاسم العام ، فيُسمَّى ((اتفاقا)) ، وإذا رُبط بصك سُمِّي صكه ((اتفاقية)) . [الزرقا / **العقود المسمَّاة** (بتصرف) : ٤ــ٥].

(٣) **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٨) : ١/٩٧ .

وانظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٦/٨ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٤/٣٧٣ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/١٤٩ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٧٨) : ١١٠ .

بالنظر إلى كون كلٍّ من الفريقين مقتدرا على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير (١) .

أما حكم هذا العقد فمختلف فيه بين الفقهاء : فذهب المتقدمون من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن بيع الوفاء فاسد . وذهب بعض المتأخرين من الحنفية إلى جوازه . وذهب بعض الحنفية إلى أن بيع الوفاء رهن ، ويثبت له جميع أحكامه .

والصحيح هو قول جمهور العلماء الذي يرى أن هذا العقد غير جائز شرعا ؛ لأنه قرض جر نفعا فهو تحايل على الربا . وهذا ما قرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي (٢) .

٢. عقد الإجارتين في الأموال الموقوفة :

هو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغا يكفي لتعمير عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير ، باسم إجارة معجلة ، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل باسم إجارة مؤجلة (٣).

٣. عقد التحكير في الأموال الموقوفة :

الحكر لغة : الحبس (٤) . والحكر أو التحكير في الأموال الموقوفة هو عقد إجارة يقصد به استبقاء أرض الوقف الخالية في يد المستأجر ، ويكون له حق القرار الدائم ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرها كتصرف المالكين ، ويترتب عليه أجرة المثل (٥) .

وقد يحصل التحكير بإذن المتولي للمستأجر بأن يبنى أو يغرس ليكون له حق القرار الدائم بعد تمام عقد الإجارة ، وفي المدة الواردة بالعقد (٦) .

---

(١) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٨) : ٩٧/١ ، (م: ٣٩٦) : ٣٦٤/١ ، (م: ٤٠٣) : ٣٦٧/١ .

(٢) انظر : ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٢٧٦/٥ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٨/٦ ـ ٩ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣) وشرحها **درر الحكام** : ١٨/١ ، (م : ١١٨) : ٩٧/١ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٣٧٣/٤ ؛ ابن حجر / **الفتاوى الكبرى الفقهية** : ١٥٣/٢ ؛ البهوتي /**كشاف القناع** : ١٤٩/٣ ـ ١٥٠ ؛ **الإنصاف** : ٢٦٥/٤ ؛ **مجلة الأحكام الشرعية** (م: ١٧٨) : ١١٠ ؛ **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، العدد السابع ، الجزء الثالث ، قرار رقم : ٧/٤/٦٨ بشأن بيع الوفاء : ٥٥٧ .

(٣) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٦٩/١ ، هامش (١) .

(٤) انظر : (م : حكر) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٥٦] .

(٥) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٣٩١/٤ .

(٦) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٣٩١/٤ ـ ٣٩٢ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٦٩/١ ، هامش (١) .

وعقد الإجارتين والتحكير في الأموال الموقوفة من العقود الفرعية المتفرعة عن الإجارة وقد ُالتجئ إليهما للحاجة إلى إصلاح الوقف مع عدم القدرة ، ولعدم جواز بيعه . وتجدر الإشارة إلى أن حق القرار الناشئ بهما يُورَثُ عن صاحبه ويباع .

٤. بيع الاستجرار :

الاستجرار لغة : الجذب والسحب ، وأجررته الدين : أخرته له [١] .

وبيع الاستجرار من فروع عقد البيع ، وتتعدد صوره ، ولذلك تختلف أحكامه من صورة لأخرى .

وأذكر فيما يلي صورا من بيع الاستجرار في المذاهب :

فمن صوره عند الحنفية : ما يأخذه الإنسان من البائع مما يحتاج إليه كالملح والزيت والخبز وغيرها ، مع جهالته بالثمن عند الأخذ ، ثم يدفع ثمنها بعد استهلاكها ، صح البيع هنا استحسانا ، مع أن الأصل عدم انعقاده ؛ لأن المبيع معدوم وقت دفع الثمن [٢].

وقال بعض الحنفية : ليس هذا بيع معدوم ، إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا وتسهيلا للأمر ودفعا للحرج ، كما هي العادة . ولم يرتض بعض الحنفية هذا المعنى منهم الحموي .

قال ابن عابدين : " إن المسألة استحسان ويمكن تخريجها على قرض الأعيان ، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا وكذا حل الانتفاع في الأشياء بالقيمة ، لأن قرضها فاسد لا يحل الانتفاع به ، وإن ملكت بالقبض " [٣].

ومنها : ما يأخذه الإنسان من البائع مما يحتاج إليه ، مع العلم بالثمن عند الأخذ ، ثم يدفع ثمنها بعد استهلاكها ، صحَّ البيع ؛ لأنه كلما أخذ شيئا انعقد بيعا بثمنه ، ويكون بيعا بالتعاطي . وكذا لو أعطاه الدراهم قبل الأخذ [٤].

---

(١) انظر (م: جرر) : ابن منظور / **لسان العرب** : ١٢٥/٤ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٣٧ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه** : ٢٧٩/٥ ؛ ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥١٦/٤ .

(٣) **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥١٦/٤ .

(٤) انظر : ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥١٦/٤ . ولمزيد من التفصيل راجع : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥١٦/٤ـ ٥١٧ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٤ ؛ ابن عابدين / **منحة الخالق على البحر الرائق** : ٢٧٩/٥ .

ومن صوره عند المالكية : أن يضع الإنسان عند البيَّاع مبلغا من المال ، ثم يأخذ منه بجزء معلوم من المال سلعة معلومة ، فيصحُّ ؛ لأن السلعة معلومة والثمن معلوم .

ومنها : أن يضع الإنسان عند البيَّاع مبلغا من المال ، ويقول له : آخذ به منك كذا وكذا من التمر ، أو كذا وكذا من اللَّبن أو غير ذلك يقدر معه فيه سلعة ما ويقدر ثمنها ، ويترك السلعة ليأخذها متى شاء ، أو يؤقت لها وقتا يأخذها فيه ، فيجوز البيع في هذه الصورة أيضا .

ومنها : أن يضع الإنسان عند البيَّاع مبلغا من المال لسلعة معينة أو غير معينة ، على أن يأخذ منها في كل يوم بسعره ، فلا يصِحُّ البيعُ ؛ لأن ما عقدا عليه من الثمن مجهول وذلك من الغرر الذي يمنع صحة البيع [١].

ومن صوره عند الشافعية : أن يأخذ الإنسان من البيَّاع ما يحتاج إليه ، ولا يعطيه شيئا ، ولا يتلفظان ببيع بل نويا أخذه بثمنه المعتاد ، ويحاسبه بعد مدة ، كما يفعل كثير من الناس ، فهذا البيع باطل بلا خلاف عند الشافعية ؛ لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة .

ويرى الغزالي ـــ رحمه الله ـــ صحة هذا البيع ؛ لتعارف الناس عليه .

ومنها : أن يقول : أعطني بكذا لحما أو خبزا ، فيدفع إليه مطلوبه فيرضى به . ثم بعد مدة يحاسبه ، فهذا البيع مجزوم بصحته عند من يُجوِّز المعاطاة [٢].

ومن صوره عند الحنابلة : البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد . وصورتها : البيع ممن يعامله من خباز أو لحَّام أو سَمَّان أو غيرهم ، يأخذ منه كل يوم شيئا معلوما ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ، ويعطيه الثمن [٣] ، فلا يصحُّ ، وهو المذهب .

وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد يصحُّ ، وهي اختيار الشيخ تقي الدين ابن تيمية [٤].

وذكر ابن القيم ـــ رحمه الله ـــ أن القول الثاني هو الصواب المقطوع به ، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر : جواز البيع بما ينقطع به السعر . يقول : وهو منصوص الإمام أحمد ، واختاره شيخنا ، وسمعته يقول : هو أطيب لقلب المشتري من المساومة ، يقول : لي

---

(١) انظر : الباجي/ **المنتقى**: ١٥/٥ .

(٢) انظر : الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤/٢ ؛ النووي / **المجموع** : ١٦٣/٩ ـــ ١٦٤ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٣٧٥/٣ .

(٣) انظر : ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٥/٤ .

(٤) انظر : المرداوي / **الإنصاف** : ٣١٠/٤ .

أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري ، قال : والذين يمنعون ذلك لا يمكنهم تركه ، بل هم واقعون فيه ، وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه ، وقد أجمعت الأمة على صِحَّة النكاح بمهر المثل ، وأكثرهم يجيزون عقد الإجارة بأجرة المثل ، والبيع بثمن المثل ؛ فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل ؛ فيجوز ، كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها ، فهذا هو القياس الصحيح ، ولا تقوم مصالح الناس إلا به [١].

فصور بيع الاستجرار عند الحنابلة مَبنيِّة على البيع بدون ذكر الثمن ، ومن شروط البيع كون الثمن معلوما حال العقد على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، واختار ابن تيمية صِحَّة البيع وإن لم يُسمِّ الثمن ، وله ثمن المثل ، نظيره صِحَّة النكاح بدون تسمية مهر ، ولها مهر المثل . [٢]

المطلب الثالث ـ أمثلة حديثة لهذه الطائفة من العقود [٣] :

نشأ في العصر الحديث أنواع من التعامل العقدي منها ما قد سُمِّي ، ومن أمثلته التزام الأعمال والأموال من نحو تعبيد الطرق ، وتقديم اللُّحوم والأغذية للجيوش ، ونقل الأشياء مما يُسمَّى اليوم تعهدا ، وملتزموه مُتعهِّدون .

وهناك طائفة أخرى من العقود انتشرت في العالم الإسلامي اليوم ولم يصطلح الفقهاء على تسمية لها ولم يتعرضوا لبيان حكمها وما يتعلق بها من أحكام ، وفيما يلي أهم هذه العقود وأشهرها :

١. عقد الإعلان في الصحف أو سواها من الوسائط .

وهو عقد يتم بمقتضاه الاتفاق بين طرفين ، الأول : من يريد الإعلان لغرض ما ، كالإعلان عن افتتاح محل ، أو الإعلان عن سلعة تجارية للفت الأنظار إليها ورواجها ، أو عن حاجة بعض المؤسسات والشركات لعاملين وغير ذلك . والثاني : ممثلو الصحف ـ وغيرها من وسائط النشر ـ التي تتولى نشر الإعلان ، ويتم تحديد الأجر بناء على حجم

---

(١) إعلام الموقعين (بتصرف) : ٥/٤ .

(٢) انظر : المرداوي / الإنصاف : ٣٠٩/٤ .

(٣) انظر : الزرقا /المدخل الفقهي العام : ٥٧٠/١ ـ ٥٧١ ؛ التركماني / ضوابط العقد في الفقه الإسلامي : ٢٨٥ -٢٨٧ .

الإعلان في الصحيفة وموضعه وعدد أيام نشره . وقد انتشر هذا النوع من العقود كثيرا في الوقت الحاضر وأُنشِئت مؤسسات خاصة للدعاية والإعلان يتم التعاقد معها للقيام بهذه المهمة .

٢ ـ عقد النشر .

وهذا النوع من العقود يشبه النوع الأول حيث يتم التعاقد بين المؤلف وأحد دور الطباعة والنشر ، ويتم التعاقد بين الطرفين إما على أن يكون للكاتب أجرة على تأليفه وتتولى دار الطباعة والنشر القيام بطبع الكتاب وتوزيعه وبيعه وما يترتب على ذلك في بعض الأحيان من الخسارة عند عدم رواج الكتاب ، وإما على أن يكون له نسبة من الأرباح حسب ما يتفقان عليه .

٣ ـ عقد المضايفة [1] .

ولهذا النوع من العقود صور كثيرة منها النزول في الفنادق ، فهذا العقد يجمع بين الإجارة والبيع ، فهو إجارة بالنسبة للمكان ، والخدمة ، وبيع بالنسبة للطعام .

ومنها استخدام وسائل المواصلات العامة في السفر برًّا وجوًّا وبحرا ، ويتمثل عقد الإجارة في هذه الصورة في إيصال المتعاقد إلى المكان المتفق عليه وخدمته ، أما عقد البيع فهو أيضا بالنسبة للطعام الذي يُقدَّم للمتعاقد خلال الرحلة .

٤ـ عقد التوريد .

والمراد بهذا النوع من العقود ما يقوم به بعض الأفراد أو الشركات من التعاقد مع عمال للعمل داخل الدولة أو خارجها ، ويقوم هذا الطرف بالتعاقد مع الشركات والمؤسسات التي تحتاج إلى عمال وتأخذ منها أجر العمال حسب المتفق عليه ، ويكون هذا الأجر أكثر من الأجر المتفق عليه مع العمال ، والفرق بين القيمتين يكون للشركة المُورِّدة للعمال .

ويختلف الربح الذي تجنيه الشركات المُورِّدة حسب قانون العرض والطلب .

---

(١) رغم انتشار هذا النوع من العقود وضرورته في هذا العصر فإنه لم يُصطلح على اسم خاص له ، وقد أطلق عليه الشيخ الزرقا اسم عقد المضيافة على سبيل الاشتقاق من كلمة (ضيف) ؛ لأن فيه بذلا ماليا متقابلا أساسه الضيافة . وهو اصطلاح جيد يعبر عن حقيقة هذا العقد .

[انظر : الزرقا /**المدخل الفقهي العام** : ١/٥٧١ هامش (١)]

وكما يظهر من خلال هذا العرض الموجز لهذا النوع من العقود فإن مجال هذا النوع هو العمل والعمال .

٥. عقد الإذعان [١] .

وهو عقد يتم بمقتضاه التعاقد بين طرفين : الأول الشركات الصناعية الكبرى أو الدولة أو المؤسسات التي أخذت على عاتقها القيام بتأمين المرافق الهامة ، مثل : مؤسسة المياه وشركة الكهرباء والهاتف ، والطرف الثاني هو المستهلك .

وهذا النوع من العقود لا تجري فيه المساومة كما في البيوع بل على المستهلك الرضوخ لأمر وشروط هذه الشركات والمؤسسات ، أو رفض الاستفادة من خدماتها المهمة التي تقدمها .

وإذا فالمراد بعقد الإذعان العقد الذي يذعن ــ يرضخ ــ فيه أحد طرفي العقد للطرف الآخر [٢].

ويمكن تقسيم العقود بناء على ذلك إلى عقود مساومة وعقود إذعان .

٦ . الاتفاقات .

وهي عقود الشركات مع الدول التي تمنحها امتيازاً للتحري في أراضيها عن منابع النفط أو المعادن أو الآثار مقابل أجر يتم تحديده بين الطرفين ، أو مقابل جزء مُعينٍّ مما تستخرجه هذه الشركات من أراضي الدولة المتعاقد معها ، وهذا النوع مما يدخل اليوم تحت اسم (اتفاقيات) .

* * * * *

---

(١) انظر : السنهوري / **مصادر الحق** : ٢/٧٤ ــ ٧٧ .

(٢) وهذه العقود تعد من عقود المنفعة العامة ، حيث تنقسم العقود بالنظر إلى المنفعة العامة ، والمنفعة الخاصة إلى قسمين : الأول : عقد للمنفعة العامة : كعقود الاحتكار التي تعقدها البلدية مع الشركات للقيام بعمل ذي منفعة عامة (كتوزيع المياه والنور والغاز ونحو ذلك) ، وكذلك تعبيد الطرق من عقود المنفعة العامة التي تعقدها البلدية مع الشركات .

الثاني : عقد للمنفعة الخاصة : كالبيع والإجارة .

الفصل الثاني
أقسام العقود بالنظر إلى صحة العقد وعدمها

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : العقد الصحيح .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقدِ الصحيح .

المطلب الثاني : حكم العقد الصحيح .

المطلب الثالث : أقسام العقد الصحيح .

المبحث الثاني : العقد غير الصحيح .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد غير الصحيح .

المطلب الثاني : في التعريف بمصطلح الباطل والفاسد .

المطلب الثالث : منشأ الخلاف بين الحنفية ، وجمهور الفقهاء .

المطلب الرابع : فيما خالف فيه الجمهور أصلهم القاضي بترادف البطلان والفساد .

المبحث الثالث : أحكام وآثار العقد الباطل والعقد الفاسد .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : حكم العقد الباطل .

المطلب الثاني : سبب البطلان .

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على العقد الباطل ومستثنياتها .

المطلب الرابع : حكم العقد الفاسد عند الحنفية .

المطلب الخامس : أثر العقدي الفاسد في الضمان .

المطلب السادس : أسباب الفساد العامة والخاصة .

تقديم :

إن تقسيم العقد إلى صحيح وغير صحيح هو تقسيم له من ناحية وصفه ، فالعقد يوصف من جهة اعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه ، وعدم ذلك إلى صحيح ، وغير صحيح .

وتقسيم العقد بهذا الاعتبار هو ذاته تقسيم العقد باعتبار المشروعية وعدمها ، ذلك أن العقد ينقسم بحسب اعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه ، وعدم ذلك إلى قسمين :

القسم الأول : عقد مشروع يترتب أثره عليه ، وهو الصحيح .

القسم الثاني : عقد غير مشروع ، لا يترتب أثره عليه ، وهو العقد غير الصحيح .

وبيان هذين القسمين تفصيلا يتضح من خلال المباحث التالية .

المبحث الأول ـ العقد الصحيح :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول ـ تعريف العقد الصحيح :

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول . تعريف الصحة لغة واصطلاحا :

أ . الصحة في اللغة :

الصحة ضد السقم ، وذهاب المرض ، والبراءة من كل عيب .

والصحة يقابلها : البطلان ، وقد استعيرت للمعاني فقيل : صحَّت الصلاة إذا أسقطت الأداء ، وصحَّ العقد إذا ترتب عليه أثره وصحَّ القول إذا طابق الواقع .

وهي مأخوذة من : صَحَّ يَصِحّ صحّاً وصِحَّة ، فهو صَحِيح ، والجمع صِحاح .

يقال صَحَّ الشيء : جعله صحيحاً ، والصَحِيح : السليم من العيوب والأمراض ، ومن الأقوال ما يُعتمد عليه .

والصَحَّاح بالفتح بمعنى الصحِيح ، يقال درهم صَحِيح وصحَاحٌ ، ويجوز أن يكون بالضم [١] .

ب . الصحة في الاصطلاح :

الصحة اصطلاحا هي : " ترتب الأثر المطلوب من الحكم عليه " [٢] .

وهذا التعريف يجمع بين العبادات والمعاملات في حد صحتهما [٣] .

---

(١) انظر (م : صحح) : الفيروز أبادي /**القاموس المحيط** : ٢٣٣/١ ؛ أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٥٠٧/١ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ٥٠٧/٢ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ١٥٠ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٢٧ .

(٢) العضد / **شرح العضد على ابن الحاجب** : ٨/٢ .

وانظر : الشربيني / **تقريرات الشربيني** : ١٠٠/١؛ **تيسير التحرير** : ٢٣٤/٢ ـ ٢٣٥ ؛ الآمدي / **الإحكام في أصول الأحكام** : ١٧٦/١ ؛ الشاطبي / **الموافقات** : ٢١٦/١ ؛ ابن النجار / **شرح الكوكب المنير** : ٤٦٨/١ .

(٣) انظر : الآمدي / **الإحكام في أصول الأحكام** : ١٧٦/١ ؛ ابن النجار / **شرح الكوكب المنير** : ٤٦٨/١ .

الفرع ثاني - العقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء :

العقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء هو : " ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعا في حق الحكم " [١] .

والمراد بكون العقد معتبراً شرعاً في حق الحكم : أي حصوله على وجه تترتب عليه الآثار التي قررها الشارع للعقد الصحيح إثر تمامه ، وذلك يكون باستكماله لأركانه وشروطه الموضوعة له شرعا ، فالصحة هي علة ترتب الأثر [٢] .

وهذا التعريف متفق عليه بين الفقهاء في المعنى وإن اختلفت عباراتهم [٣] .

وبالرغم من موافقة الحنفية للفقهاء في التعريف السابق إلا أنهم عرفوا العقد الصحيح بتعريف خاص وذلك ليجعلوه في مقابل تعريفهم للعقد الباطل والفاسد نظرا لاختلاف مذهبهم عن مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في التفرقة بين الفاسد والباطل [٤] .

وبناء على ذلك فقد عَرَّف فقهاء الحنفية العقد الصحيح بأنه : ما كان مشروعاً بأصله ، ووصفه [٥] .

والمراد بأصل العقد : أركانه ، وشروطه .

---

(١) البخاري / **كشف الأسرار** : ١/٥٣٠ .
وانظر : المحلي / **شرح المحلي على جمع الجوامع** : ١/ ٩٩ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ١/٣١٣ ، ٣٢٣ ؛ العلائي / **تحقيق المراد** : ٢٨٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م :١٦٣) : ١٠٧ ؛ الجرجاني / **التعريفات** : ١٧٣ .

(٢) انظر : المحلي / **شرح المحلي على جمع الجوامع** : ١/ ١٠٠ — ١٠١ ؛ البناني / **حاشية البناني على شرح الجلال شمس الدين المحلي** : ١/١٠١ ؛ الشربيني / **تقريرات الشربيني** : ١/١٠١ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٢/٢٣٦ ؛ ابن السبكي/ **الأشباه والنظائر** : ٢/٨٠ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ١/٣١٣ .

(٣) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/٤٠١ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٦٣) : ١/١٠٧ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه** : ٢/٢٧ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢/٤٠٩ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٢/٧٩ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ١/٣١٣ ؛ الغزالي / **المستصفى** : ٧٦ ؛ الرازي / **المحصول** : ١/٢٦ .

(٤) انظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ١/٥٣١ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ .
وتفصيل القول في ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل ، ص : ١٧٢ - ١٧٦ .

(٥) انظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ١/٥٣١ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٢/٢٣٦ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ٢/١٢٣ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥/٥٠ .

والمراد بوصفه : الأمور التي قد تتصل به من خارجه فيكون بسببها منهياً عنه ، كأن يتضمن الربا ، أو الغرر ، أو يكون صَدَرَ عن إرادة معيبة كوقوع أحد العاقدَيْن تحت تأثير الإكراه .

فإذا اكتملت أركان العقد ، وتوافرت شروطه ، ولم ينه الشرع عنه ، فإنه يحكم بانعقاده ، ويصبح له وجود في نظر الشرع ، فيثبت حكمه في الحال ، ففي عقد البيع الصحيح يثبت ملك المشتري للمبيع وملك البائع للثمن فور الإيجاب والقبول إلا إذا كان في البيع خيار [١].

الفرع الثالث ـ المناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

إن تعريف الفقهاء للعقد الصحيح يناسب المعنى اللغوي ، فإن الصحة في اللغة ضد السقم ، فالشيء الصحيح هو ما كان على أكمل أحواله ، والفساد هو الخروج عن ذلك .

فالعقد إذا اجتمعت أركانه وشرائطه فهو صحيح ؛ لأنه على أكمل أحواله ، فإذا فقد شيئا منها خرج عن حد الصحة وكان فاسدا [٢].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم وهو : ترتب بطلان العقد على فقدان واحد منها ، فالعقد إذا فقد ركنا من أركانه ، أو تَخَلَّفَ شرطٌ من شروط هذه الأركان ، أو ورد نهي من الشارع عنه لوصف اقترن به يكون باطلاً أو فاسداً ، وهذا مبني على عدم تفريقهم بين العقد الباطل والعقد الفاسد فهما عند الجمهور بمعنى واحد ، خلافا للحنفية [٣] .

المطلب الثاني ــ حكم العقد الصحيح :

حكم العقد الصحيح هو : ثبوت أثره المترتب عليه مما أباحه الشرع للعاقد بالعقد . كالبيع إذا صح ترتب أثره من الملك وجواز التصرف فيه من هبة ووقف وأكل ولبس وانتفاع وغير ذلك ، وكذلك النكاح ، والإجارة ، والوقف وغيرها من العقود ، يترتب على

---

(١) انظر : السرخسي/ **أصول السرخسي** : ١/٨٩ ــ ٩٠ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/٤٠١ ــ ٤٠٢ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٦/ ٤٠١ ــ ٤٠٢ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥/٥٠.

(٢) انظر : العلائي / **تحقيق المراد** : ٢٨٢ .

(٣) انظر تفصيل القول في ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل ، ص : ١٧٣-١٧٦ .

صحتها أثرها الذي أباحه الشرع للمتعاقدين بهذه العقود . فالمدلول العام للعقد الصحيح هو إفادته لحكمه المقصود منه [١] .

المطلب الثالث ـ أقسام العقد الصحيح :

ينقسم العقد الصحيح إلى قسمين [٢] :

القسم الأول. العقد النافذ :

وهو ما صدر من أهله ، مضافاً إلى محله ، مستوفياً لشروطه ، وترتبت عليه آثاره في الحال ، دون توقف على إجازة أحد [٣] .

وينقسم العقد النافذ إلى أقسام :

١ـ عقد نافذ لازم لا يقبل الفسخ بطريق الإقالة .

٢ـ عقد نافذ لازم يقبل الفسخ بطريق الإقالة .

٣ـ عقد نافذ لازم في حق أحد الطرفين ، غير لازم بحق الطرف الآخر .

٤ـ عقد نافذ غير لازم من الطرفين ، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالعقد الجائز .

٥ـ عقد نافذ غير لازم من الطرفين ، غير أنه قد يؤول إلى اللزوم [٤] .

القسم الثاني. العقد غير النافذ ، وهو العقد الموقوف :

قبل تعريف العقد الموقوف وبيان حكمه إجمالا لابد من الإشارة أولاً إلى أن القائلين

---

(١) انظر : الزركشي / **البحر المحيط** : ٣١٣/١ ؛ ابن النجار / **شرح الكوكب المنير** : ٤٦٧/١ .

(٢) انظر : الحموي / **غمز عيون البصائر** : ٣/ ٤٣٨ ـ ٤٣٩ ؛ ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥/ ٥٠ .

(٣) انظر : البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٢٣/٢ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨٢/٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٣ ، ٣٧٤) : ٩٥/١ ، ٣٤٠ .

(٤) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٣) : ٩٥/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧٥ ـ ٢٦٧ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٥/٢ ـ ١٢٩ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٧٧/١ ـ ٥٧٨ . وانظر الفصل الرابع من هذا الباب ، ص : ٢٥١ - ٢٥٣ .

بالعقد الموقوف هم : الحنفية [١] ، والمالكية ، والشافعية في القديم ، ورواية عن الإمام أحمد [٢] .

أما الشافعية في الجديد ، والرواية الثانية عند الحنابلة وهي المذهب ، فالعقد الموقوف والباطل والفاسد سواء [٣] .

ويرى الإمام ابن القيم ــ رحمه الله ــ أن ظاهر مذهب أحمد التفصيل ، فإن كان المتصرف معذورا لعدم تمكنه من الاستئذان وكانت الحاجة داعية للتصرف وقف العقد على الإجازة بلا نزاع عنده ، وإن أمكنه الاستئذان أو لم تكن به حاجة إلى التصرف ففيه النزاع [٤] .

إذا علم هذا فبيان العقد الموقوف يتجلى بتعريفه وبيان حكمه إجمالا ، كما يلي :

أولا ـ تعريف العقد الموقوف :

العقد الموقوف هو : العقد المشروع بأصله ووصفه الذي تتوقف إفادته الحكم على الإجازة ممن يملكها شرعا .

وهذا التعريف مستفاد من تعريفات الفقهاء للعقد الموقوف ، وهو يجمع بينها نظرا لاختلافهم في تعريفه فمنهم من عرَّفه بتعريف العقد الصحيح مع تقيده بعدم النفاذ ، أو بوصف من الأوصاف المؤثرة في عدم نفاذه كتعلق حق الغير به وتقييد التعريف بتعلُّق حق الغير به يجعله غير جامع ؛ لأن تعلُّق حق الغير بالمعقود عليه أحد أسباب وقف العقود ،

---

(١) اختلف فقهاء الحنفية في العقد الموقوف هل هو من أقسام الصحيح ، أو أنه قسم آخر مغاير للصحيح ؟ والصحيح المعتمد في المذهب أن العقد الموقوف قسم من أقسام الصحيح .

انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٧٧/٥ ، ٧٦/٦ ؛ ابن عابدين / **منحة الخالق على البحر الرائق** : ٢٧٧/٥ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار**: ٥٠١/٤ ، ٥٠/٥ ؛ الزيلعي / **تبين الحقائق** : ٤٤/٤ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/ ٤٠٠؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٩٥/١.

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤٨/٥ ــ ١٤٩ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١١/٣ ــ ١٢ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ١٨/٥ ، ٢٩٢ ؛ العدوي / **حاشية العدوي على الخرشي** : ٢٩٢/٥ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٣ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٥ ؛ ابن قدامة/ **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩٦/٤ ، ٣٢١ ، ٥٦٨ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٨٣/٤.

(٣) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٥ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥٥/٣ ؛ النووي / **المجموع** : ٢٥٩/٩ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٤٠٣/٦؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ١٥/٢ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٨٣/٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥٧/٣ ــ ١٥٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩٦/٤ .

(٤) انظر : **إعلام الموقعين** : ٢٧/٢ .

وهناك أسباب أخرى كصدور العقد من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره منه كالصبي المميز في عقود المعاوضات [١] .

ثانيا ـ حكم العقد الموقوف :

العقد الموقوف لا يترتب عليه أثره قبل الإجازة ممن يملكها شرعا عند القائلين به ، فالحكم فيه يتراخى إلى حين صدورها ، فإن أجيز نفذ وإن لم يجز بطل .

فإن كان بيعا لملك الغير لم يترتب عليه أثره من نقل ملكية المبيع من المالك إلى المشتري ، وينعقد موقوفا على إجازة المالك . جاء في مجلة الأحكام : البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة [٢] .

وإن كان التصرف صادرا من الوكيل متجاوزا فيه حدود الوكالة ، فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الموكلّ ، كما لو اشترى الوكيل بمال موكله ما لم يأذن به ، أو باع ماله بغير إذنه ، أو اشترى لغير موكله بعين ماله [٣].

وإن كان التصرف صادرا من الصبي المُمَيِّز في التصرفات المُتردِّده بين النفع والضرر ، كعقود البيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة والشركة والنكاح، فإنها تنشأ صحيحة من الصبي المميز ، إلا أنها موقوفة على إذن وليّه وإجازته ، فتبطل بدونها . وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين .

---

(١) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٠/٥ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٥/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١١) : ٩٤/١ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٩٤/١ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٣ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٧٤/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٢/٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥٥/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩٦/٤ ، ٣٢١ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٤١٩/١ .

(٢) (م : ٣٧٧) . وانظر : شرحها في **درر الحكام** : ٣٤١/١ ، وَ (م : ٣٧٨) وشرحها في **درر الحكام** : ٣٤٢/١ ، الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤٨/٥ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٣ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ١٨/٥ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٥٥/٣ ؛ النووي / **المجموع** : ٢٥٩/٩ .

(٣) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩٦/٤ .

وذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب إلى عدم صحتها ، فإذا وقعت من الصبي المميز كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر [١] .

فالعقد في الصور السابقة يكون قبل الإجازة موقوفا لا يترتب عليه أثره حتى ترد عليه الإجازة ممن يملكها شرعا .

وخلاصة القول أن العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحَّة فيه ، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ الملك أو الأهلية ، ولذلك لا تترتب عليه آثاره إلا بإجازة صاحب الحق ، فإن أجازه نفذ وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وترتبت عليه آثاره ، وإلا بطل .

ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف فالشافعية والحنابلة ينكرون هذه المرتبة ، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل ، ويجعلون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لا من عناصر النفاذ .

* * * * *

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٤٩/٥ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٢٩٢/٥ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣٤٤/٣ ـ ٣٤٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٥١/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٢١/٤ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٦٧/٤.
وانظر من هذا البحث ، ص : ٧٩-٨٠ .

المبحث الثاني ـــ العقد غير الصحيح .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول ـــ تعريف العقد غير الصحيح :

العقد غير الصحيح هو : الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه ، أو ورد في الشرع نهي عنه ، أو جاء مخالفاً لنظامه الشرعي عن قصد أو بدون قصد ، فلا يصلح لترتب الآثار الشرعية عليه [١] .

قال الغزالي [٢] : " كل سبب منصوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال إنه صحَّ ، وإن تخلف عنه مقصوده يقال إنه بطل . فالباطل هو الذي لا يثمر لأن السبب مطلوب لثمرته ، والصحيح هو الذي أثمر " [٣] .

ويعبر الفقهاء عن هذا القسم بالعقد الفاسد أو الباطل .

وهنا يرد سؤال هل العقد الباطل والفاسد في درجة واحدة ، ولهما حكم واحد ؟ أم أنهما على درجات متفاوتة ومراتب مختلفة ؟

الجواب على هذا يتضح من خلال المطالب التالية .

المطلب الثاني ـــ التعريف بمصطلح الباطل والفاسد :

وفيه فرعان :

الفرع الأول ـ حدهما في اللغة :

أ ـ الباطل لغة :

الباطل : ضد الحق ، والجمع بَوَاطِل كما في التهذيب .

---

(١) انظر : الشاطبي / **الموافقات** : ٢١٩/١-٢٢٠ ؛ الغزالي / **المستصفى** : ٢٢١ .

(٢) **محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطُّوسيُّ ، الشافعي ، الغَزَّاليّ ـــ بتشديد الزاي ، وقيل بتخفيفها ـــ الملقب بحجة الإسلام (٤٥٠ – ٥٠٥ هـــ)** : أبو حامد ، زَيْن الدين ، فقيه شافعي ، أصولي ، متكلم ، متصوف ، لازم إمام الحرمين ، فبرع في الفقه في مدة قريبة ، ومهر في الكلام والجدل حتى صار عين المناظرين .

من تصانيفه : (الوجيز) ، (الوسيط) في الفقه ، و(المستصفي) في الأصول ، و(تهافت الفلاسفة) ، و(إحياء علوم الدين) .

[انظر : ابن السبكي/**طبقات الشافعية** : (١٩١/٦-٣٨٩) ؛ ابن خلكان / **وفيات الأعيان** : (٢١٦/٤-٢١٩) ؛ الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : (٣٢٢/١٩-٣٤٦) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٢٦٦/١١-١٦٧)].

(٣) **المستصفى** : ٧٦ .

وقيل يجمع الباطل أباطيل على غير قياس . وهذا مذهب سيبويه [(١)] .

والبطلان في أصل اللغة : سقوط الشيء لفساده ، وهو مأخوذ من : بَطَلَ الشيء يَبْطُـل بُطْلاً وبُطُولاً وبُطْلاناً أي : ذهب ضَياعاً وخُسْراً ، وفسد وسقط حكمه ، وإبطال الشـيء : إفساده وإزالته حقاً كان ذلك الشيء أو باطلاً .

ومنه قولهم : بَطَل البيع والحكم والدليل والعمل ، فهو باطل ، وأَبْطَلَهُ جعله باطلاً [(٢)] .

وقوله تعالى : ﴿ لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ ﴾ [(٣)] .

ب ـ الفاسد لغة :

الفساد : نقيض الصلاح ، وهو في أصل اللغة : خروج الشيء عن الاعتدال قليلاً كـان الخروج عنه أو كثيراً ، ويستعمل ذلك في النفس والبدن والأشياء الخارجة عن الاستقامة [(٤)].

ويطلق الفساد على عدة معان هي : التلف والإعطـــاب ، والاضطـراب والخلــل ، والجدب والقحط ، وإلحاق الضرر .

يقال : فَسَدَ اللبن أو اللحم أو الفاكهة فَسَاداً : أنتن وأعطب ، والعقد ونحوه : بَطَـلَ ، والرجــلُ : جاوز الصواب والحكمة . والأمور : اضطربت وأدركها الخلل [(٥)] .

والمفسدة : خلاف المصلحة ، وهي الضرر ، والجمع مفاسد ، يقال هذا الأمر مفســدةٌ لكذا أي فيه فساد [(٦)] .

---

(١) **عمرو بن عثمان بن قنبر الفارسي ثم البصري سيبويه (١٨٠هـ/٧٩٦م)** : أبو بشر ، إمام النحو ، حجـة العرب أديب . أخذ النحو والأدب عن : الخليل بن أحمد ، ويونس بن حبيـب ، وأبي الخطـاب الأخفـش ، وعيسى بن عمر . طلب الفقه والحديث مدة ، ثم أقبل على العربية ، فبرع وساد أهل العصر ، وألف فيها كتابه الكبير . ورد بغداد وناظر بها الكسائي ، وتعصبوا عليه ، وجعلوا للعرب جعلا حتى وافقوه على خلافه .
من مصنفاته : كتاب سيبويه في النحو .
[انظر : كحالة / **معجم المؤلفين** : ٨/ ١٠ ؛ الذهبي / **سير أعلام النبلاء** : ٨/٣٥١ –٣٥٢] .

(٢) انظر (م : بطل) : الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ٣/٣٣٥ ؛ الجوهري / **الصحاح** : ٤/١٦٣٥ ؛ أنـس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ١/٦١ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ١١/ ؛ الرازي / **مختار الصحـاح** :٢٣ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** :٢٠ ؛ الأصفهاني / **المفردات في غريب القرآن** : ٥٠ ــ ٥١ .

(٣) سورة الأنفال : آية ٨ .

(٤) انظر : الأصفهاني / **المفردات في غريب القرآن** : ٣٧٩ .

(٥) انظر : أنس وآخرون / **المعجم الوسيط** : ٢/٦٨٨ .

(٦) انظر (م : فسد) : الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ١/٣٢٣ ؛ أنـس وآخـرون / **المعجـم الوسـيط** : ٢/٦٨٨ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ٣/ ٣٣٥ ؛ الأصفهاني / **المفـردات في غريـب القـرآن** : ٣٧٩ ؛ الرازي / **مختار الصحاح** : ٢١١ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٨٠ .

الفرع الثاني ـ حدهما في الاصطلاح :

أولاً : الباطل والفاسد مترادفان في فقه العبادات باتفاق الفقهاء :

الباطل والفاسد مترادفان في فقه العبادات باتفاق الفقهاء ، ويتحقق الفساد أو البطلان ـــ على حد سواء ـــ في العبادة بفوات ركن أو شرط ، فالعبادة الفاسدة والباطلة بما فات فيها ركن أو شرط [١] .

ثانيا ـ اختلاف الفقهاء في التفريق بين العقد الباطل والفاسد في المعاملات:

اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في أنواع العقد غير الصحيح ـــ الباطل والفاسد ـــ، وهل هما في درجة واحدة ، ولهما حكم واحد ؟ أم أنهما على درجات متفاوتة ومراتب مختلفة ؟ وبناءً على هذا فقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في حدهما اصطلاحاً كما يلي :

أ ـ مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن العقد غير الصحيح ينقسم بحسب موضع الخلل الذي وقع فيه إلى قسمين :

١ـــ العقد الباطل وهو : ما لم يشرع بأصله ، ولا بوصفه [٢] .

فالعقد الباطل عقد فائت المعنى من كل وجه مع وجود صورته ، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم ، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل [٣] ؛ " لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا ، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة " [٤] .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٢٣٦/٢ ؛ الشاطبي / **الموافقات**: ٢١٩/١-٢٢٠ ؛ الآمدي / **الإحكام في أصول الأحكام** : ١٧٦/١ ؛ الإسنوي / **التمهيد** : ٥٩ ؛ ابن النجار / **شرح الكوكب المنير** : ٤٧٣/١ .

(٢) انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٢٣/٢ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٥/٦ ؛ الزيلعي / **تبين الحقائق** : ٤٤/٤ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠١/٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١١٠) : ٩٤/١ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٤٩/٥ .

(٣) انظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ٥٣١/١ ؛ الكاساني /**بدائع الصنائع** : ٥/ ٣٠٥ ؛ الجرجاني / **التعريفات** : ٦١ .

(٤) الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٥/٥ .

٢ـ العقد الفاسد وهو : ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه [١] .

وهو عقد منعقد [٢] ، لكونه يستحق الفسخ كما يصرح بذلك فقهاء الحنفية إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً وله وجود شرعي ، ولكنه عقد غير صحيح لوقوع الخلل والمخالفة في وصف من الأوصاف المقررة في العقد ، وإنما أطلقوا المشروعية على الأصل ؛ لأن العقد الفاسد لو خُلِّي عن الوصف المنهي عنه لكان مشروعاً ، وإلا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعاً أصلاً ، كالنهي عن بيع الربا [٣]، فالربا عقد بيع وزيادة منفعة ، والبيع مشروع باعتبار ذاته ، وقد وجدت حقيقته وأركانه ، ولكنه غير مشروع باعتبار ما اشتمل عليه من الوصف المنهي عنه وهو زيادة منفعة لأحد المتعاقدين بلا مقابل ، فلو خُلِّي البيع عن الوصف المنهي عنه وهو الزيادة فإنه يرجع إلى الصحة ولا يبقى مطلوب الفسخ ؛ لأن النهي في الربا راجع إلى أمر خارج عن العقد وهو الزيادة [٤].

ولذلك عرف البخاري [٥] الفاسد بأنه :" ما كان مشروعاً في نفسه فائت المعنى من

---

(١) انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح**: ١٢٣/٢ ؛ البخاري /**كشف الأسرار** :٥٣٠/١ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٤/٦ ؛ الزيلعي / **تبين الحقائق** : ٤٥/٤ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠١/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٤٩/٥ ؛ مجلة الأحكام العدلية (م : ١٠٩) : ٩٤/١ ؛ الجرجاني / **التعريفات** : ٢١٤ .

(٢) المراد بانعقاد العقد عند الحنفية هنا : وجوده في نظر الشارع واعتباره قائماً ، وإن لم يكن سليماً من العيوب . وهذا يخالف رأى جمهور الفقهاء الذين يرون أن العقد لا ينعقد ، إلا إذا سلم من جميع عيوبه التي نهى الشارع عنها .

(٣) " أي بيع مشتمل على اشتراط زيادة بلا عوض حقيقة أو شبهة كبيع الدرهم بالدرهمين وبيع البر بالبر متفاضلاً ". [أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٣٨٠/١]

(٤) انظر : أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٣٨٠/١ ـ ٣٨١ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٤/٦ ـ ٧٥ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٤٩/٥ .

(٥) **عبد العزيز بن أحمد البخاري (٧٣٠ هـ/١٣٣٠م)** : علاء الدين ، الفقيه ، الأصولي ، الحنفي . تفقه على عمه محمد بن محمد فخر الدين المايمرغي تلميذ شمس الأئمة محمد بن عبد الستار ين محمد الكردري ، وأخذ أيضا عن حافظ الدين الكبير محمد البخاري عن الكردري عن صاحب الهداية عن نجم الدين عمر النسفي عن أبي اليسر محمد البزدوي عن إسماعيل بن الصادق عن عبد الكريم البزدوي عن أبي منصور الماتريدي عن أبي بكر الجوزاني عن محمد . من تصانيفه : شرح أصول البزدوي المسمى (كشف الأسرار) ، شرح المنتخب الحسامي للأخسيكثي ، المسمى (التحقيق) ، كتاب (الأفنية) ذكر فيه فناء المسجد وفناء مصر ، و (شرح الهداية) في فروع الفقه الحنفي إلى باب النكاح . [انظر : القرشي/ **الجواهر المضية** : ٤٢٨/٢ (رقم الترجمة : ٨٢٠)؛ اللكنوي / **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** : ٩٤-٩٥ ؛ البغدادي / **هدية العارفين** : ٥٨١/١ ، الزركلي / **الأعلام** : ١٣/٤-١٤ ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : ٢٤٢/٥] .

وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه مع تصور الانفصال في الجملة " [١].

فالعقد الفاسد له شبهان ، فهو يشبه العقد الصحيح من ناحية كونه مشروعاً بأصله ؛ لتوفر ركنه ، وشروط انعقاده وسلامتها . ويشبه العقد الباطل في كونه غير مشروع بوصفه ، فالعقد الفاسد نهى الشارع عنه لما اتصل به من الأوصاف المنهي عنها .

قال ابن عابدين : " إن الفاسد مباين للباطل ؛ لأن ما كان مشروعا بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلا . وأيضا حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيده أصلا ، وتباين الحكمين دليل تباينهما " [٢]

وإذاً فالعقد الفاسد مرتبة وسط بين العقد الصحيح والباطل ، وعلى هذا تطلق الصحة عند الحنفية على مقابلة الفساد كما تطلق على مقابلة البطلان [٣].

ب ـ مذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد غير الصحيح هو العقد الباطل أو الفاسد ، فهما لفظان مترادفان ، معناهما واحد [٤].

يقول أبو الخطاب [٥] : إن الفساد والبطلان سواء ؛ لأن الفساد في العبادات والمعاملات " هو أنه لا تستوفي شرائط العقد والعبادة التي يحصل معها الغرض المقصود " [٦]

---

(١) **كشف الأسرار** : ١/٥٣١ .

(٢) **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥/٤٩ .

(٣) انظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ١/٥٣١ .

(٤) انظر : الرازي / **المحصول** : ١/٢٦ ؛ السبكي وابن السبكي / **الإبهاج في شرح المنهاج** : ١/٦٨ – ٦٩ ؛ الآمدي / **الإحكام في أصول الأحكام** : ١/١٧٦ ؛ آل تيمية / **المسودة في أصول الفقه** : ٨٠ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٦٤) : ١٠٨ ؛ أبو النور زهير / **أصول الفقه** : ١/٧١ .

(٥) **محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني البغدادي (٤٣٢هـ/١٠٤١م – ٥١٠ هـ/١١١٦م)**: أبو الخطاب الفقيه ، إمام الحنابلة في وقته ، وكان شاعرا فاضلا . أصله من كلوذا بضواحي بغداد ، ومولده ووفاته ببغداد . تفقه على القاضي أبي يعلى ولزمه حتى برع في المذهب والخلاف ، وسمع الحديث من الجوهري والعُشَاري ، وأبي علي الجازري ، والمباركي ، وأبي الفضل بن الكوفي ، والقاضي أبي يعلى ، وأبي جعفر بن مسلمة وغيرهم. من تصانيفه : (التمهيد) في أصول الفقه ، و (الهداية) في الفقه ، والخلاف الكبير المسمى (الانتصار في المسائل الكبار) ، والخلاف الصغير المسمى (برءوس المسائل) ، و (التهذيب) في الفرائض ، (والفرائض الخمس) ، و (مناسك الحج) .

[انظر : ابن تغري بردي / **النجوم الزاهرة** : ٥/ ٢٠٨ ؛ ابن رجب / **ذيل طبقات الحنابلة** : ١١٦ ؛ الزركلي / **الأعلام** : ٥/٢٩١] .

(٦) **التمهيد في أصول الفقه** : ١/٣٨١ .

وهذا يشمل كل ما يتوقف عليه صحة العمل من أركان وأسباب وشروط وانتفاء موانع .

وعلى هذا يعرف جمهور الفقهاء العقد الباطل أو الفاسد بأنه : عدم طلب العقد لغايته لكونه فقد ركناً من أركانه ، أو شرطا من شروطه [1].

فَتخلُّفُ شيءٍ من الأركان والشروط يجعل العقد فاسداً وإن شئت قلت باطلاً لا فرق.

وبهذا يتبين أن الجمهور يخالفون الحنفية فيما يسميه الحنفية بالفاسد حيث يعتبره الجمهور من قبيل الباطل ، ويعتبره الحنفية مرتبة بين الصحيح والباطل .

المطلب الثالث ـ منشأ الخلاف بين الحنفية ، وجمهور الفقهاء :

إن منشأ الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء في ظهور مرتبة الفساد عند الحنفية خلافاً للجمهور يرجع إلى اختلافهم في النهي الوارد على الوصف الملازم للتصرف .

فهل النهي الوارد على وصف لازم من أوصاف العقد يلحق بالنهي الوارد على أصل العقد في الحكم ، أم لا ؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن النهي يدل على فساد ذلك الوصف ، دون أصله ، ذلك أن النهي إذا توجه إلى وصف الشيء كان مقتضاه بطلان هذا الوصف فقط أما حقيقته فتبقى موجودة ويثبت لكل منهما مقتضاه ، كالنهى عن عقود الربا فإن النهي من أجل الزيادة العارية عن العوض ، والزيادة ليست العقد ولا جزءا له بل وصفا له ، فإذا زال الوصف المنهي عنه صار العقد مشروعا [2] .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن النهي لوصف العقد الملازم يفيد الفساد شرعاً كالمنهي عنه لعينه ، ذلك أن النهي عموما يقتضي

---

(١) أبو النور زهير / **أصول الفقه** : ٧١/١ .

وانظر : الدردير / **الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه** : ٢٧/٢ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠٩/٢ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ٣٢٣/١ ــ ٣٢٤ ؛ الغزالي / **المستصفى** : ٢٢١ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٣٧٦/١ ؛ العلائي/ **تحقيق المراد** : ٢٨١ ــ ٢٨٢.

(٢) انظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ١/ ٥٤٧-٥٥١ ؛ المحلي / **شرح المحلي على جمع الجوامع** : ٣٩٤ ــ ٣٩٨ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٣٨٠/١-٣٨١ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** : ٩٦/٢ ــ ٩٧ ؛ الرازي / **المحصول** : ٣٤٤/١ .

عدم وجود العقد شرعاً ، فيكون العقد باطلاً وفاسداً ، سواء أورد النهي على ما يتعلق بوجود العقد وحقيقته من أركان العقد ومقوماته ، أم ورد على وصف ملازم له ؛ لأن الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم ، ويترتب على ذلك أن العقد الذي كذلك لا يترتب عليه آثاره لأنه عقد غير مشروع [1] .

يبيّن الإمام الشاطبي ــ رحمه الله ــ حقيقة الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء فيقول : إن العقود لما كانت راجعة إلى مصالح الدنيا كان النظر فيها راجعاً لاعتبارين :

أحدهما : من حيث هي أمور مأذون فيها أو مأمور بها شرعاً .

والثاني : من حيث هي راجعة إلى مصالح العباد .

فأما الأول : فاعتبره قوم بإطلاق ، وأهملوا النظر في جهة المصالح ، وجعلوا مخالفة أمره مخالفة لقصده بإطلاق ، كالعبادات المحضة سواء . وكأنهم مالوا إلى جهة التعبد .

فكما أن العبادة الخارجة عن مقتضى خطاب الشارع لا تصح ، فكذلك العقود الخارجة عن مقتضى خطاب الشارع لا تصح أيضاً .

وعلى ذلك : فمواجهة أمر الشارع بالمخالفة يقتضي خروج ذلك الفعل عن مقتضى خطابه ، وهذا يقتضي عدم مشروعية الفعل ، وغير المشروع باطل .

وأما الثاني : فاعتبره قوم لا مع إهمال الأول . بل جعلوا الأمر متنزلاً على اعتبار المصلحة ؛ بمعنى أن المعنى الذي كان العمل لأجله باطلاً ينظر فيه :

فإن كان حاصلاً أو في حكم الحاصل ، بحيث لا يمكن تلافيه ، بطل العمل من أصله . كبيع الملاقيح والمضامين فإن المعنى الذي بطل البيع من أجله حاصل مستديم ، لأن بيع ما في بطون الأمهات منعدم فيه ركن البيع ، ولا يتأتى تلافي تصحيحه .

وإن كان المعنى الذي لأجله كان العمل باطلاً حاصلاً مدة أو في حكم الحاصل ، لكن يمكن تلافيه لم يبطل أصل ذلك العمل .

من أمثلة ذلك البيع والسلف منهي عنه ، فإن أسقط مشترط السلف شرطه ، جاز لهما ما عقداه ، ومضى على بعض الأقوال .

---

(1) انظر : المحلي / **شرح المحلي على جمع الجوامع** : ٣٩٤ ــ ٣٩٦ ؛ الأصفهاني / **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب** : ٩٨/٢ ؛ القرافي / **الفروق** (الفرق : ٧٠) : ٨٢/٢ ــ ٨٦ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** : ٩٧/٢ ــ ١٠٠ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٥٤/٣ ؛ الغزالي/ **المستصفى** : ٢٢١ ؛ آل تيمية / **المسودة في أصول الفقه** : ٨٢ -٨٣ ؛ ابن اللحام / **القواعد والفوائد الأصولية** : ١٦٠ .

وعلى مقتضى هذا القول جرى الحنفية في تصحيح العقود الفاسدة ، كنكاح الشغار ، والدرهم بالدرهمين ، إلى غير ذلك من العقود التي هي باطلة على وجه ، فيزال ذلك الوجه فيمضي العقد . فمعنى هذا أن نهي الشارع كان لأمر ؛ فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي ، فصار العقد موافقاً لحكم الشارع .

وهذا الوجه بناءً على أن مصالح العباد مغلبة على حكم التعبد [١] .

المطلب الرابع ـ فيما خالف فيه الجمهور أصلهم القاضي بترادف البطلان والفساد :

الأصل العام عند جمهور الفقهاء والذي سبق تقريره هو : أن العقد الباطل والفاسد سواء ، وذلك لأن الشروط اللازمة لصحة العقد عند الجمهور كلها سواء في الحكم ، فتخلف ركن من الأركان أو شرط من الشروط يجعل العقد باطلاً أو فاسداً على حد سواء .

إلا أن جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة خالفوا هذا الأصل في بعض الأبواب ، والمسائل الفقهية ، ففرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، وبعبارة أدق يمكن القول إنهم خَصَّصوا هذه الفروع من الأصل العام عندهم .

وحتى تَّتضح صورة ذلك ، نورد بعضا من أقوال علماء المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وبعض المسائل التي قرروا فيها تباين الفساد والبطلان :

أولا ـ المالكية :

ذكر المالكية في المشهور من المذهب أن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك ؛ وذلك لمراعاة الخلاف بينهم وبين الحنفية [٢] .

ومراعاة الخلاف مما يحتج به الإمام مالك ـ رحمه الله تعالى ـ إذا رجح دليل المخالف على دليله في اللزوم .

---

(١) **الموافقات** (بتصرف) : ١/٢١٨ ـ ٢١٩ . وانظر : أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ١/٨٠ ـ ٨١ ؛ التلمساني / **مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول** : ٣٩-٤١ .

(٢) انظر : عليش / **شرح منح الجليل** : ٢/٥٥٠-٥٥١ ؛ الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** (ق : ٩٤) : ٣٥٥ ؛ القرافي / **شرح تنقيح الفصول** : ٧٧ .

وهو قاعدة يستند عليها أهل المذهب كما صرح بذلك الإمام أبو عبد الله الأنصاري ـ رحمه الله ـ [(١)] .

وحد مراعاة الخلاف هو : " إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر " [(٢)] .

وصورته في البيع الفاسد : أن البيوع المنهي عنها كالبيع الذي فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته باطلة ، ويجب فسخها على كل حال ، فالنهي دليل مدلوله فساد المنهي عنه ، ولازم هذا المدلول وجوب فسخ البيع الفاسد على كل حال ؛ فإذا وقع يجب فسخه على كل حال ، سواء أكانت السلعة قائمة أم فائتة [(٣)]، ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين ، فيلزمهما فسخ العقد قبل القبض وبعده بأن يرد البائع الثمن للمشتري ، ويرد المشتري المبيع للبائع ، فإن فات المبيع رد قيمته إن كان قيميا أو مثله إن كان مثليا .

---

(١) وقد أسهب الإمام أبو عبد الله الأنصاري ـ رحمه الله ـ في شرحه على حدود ابن عرفة في بان هذا الأصل .
[انظر : **شرح حدود ابن عرفة** : ١٧٧-١٨٣] .
محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي (٨٣١ ـ ٨٩٤ هـ) : أبو عبد الله ، قاضي الجماعة بتونس. ولد بتلمسان ، ونشأ واستقر بتونس وعاش وتوفي فيها . اقتصر في آخر آيامه على إمامة جامع الزيتونة والخطابة فيه متصدراً للإفتاء وإقراء الفقه والعربية .
أخذ عن البرزلي وابن عقاب والأخوة القلشانيين وأبي القاسم العبدوسي وقاسم العقباني وغيرهم .
من مصنفاته : (التسهيل والتقريب والتصحيح لرواية الجامع الصحيح) و (تذكرة المحبين في أسماء سيد المرسلين) و (الجمع الغريب في ترتيب آي مغني اللبيب) و (الهداية الكافية) في شرح الحدود الفقهية لابن عرفة و (فهرسة الرصاع) و (تحفة الأخيار) في الشمائل النبوية .
[انظر : مخلوف / **شجرة النور الزكية** : ٢٥٩ ؛ الزركلي / **الأعلام** : ٥/٧]

(٢) ابن عرفة / **الحدود** : ١٧٧ .
وأضاف العلامة حسن المشاط ما يوضح هذا الحد فقال " إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف ، في لازم مدلوله ، الذي أعمل في نقيضه دليل آخر . وذلك كإعمال مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار ، في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الإرث بين الزوجين المتزوجين بالشغار فيما إذا مات أحدهما ، فالمدلول هو عدم الفسخ ، وأعمل مالك في نقيضه وهو الفسخ دليلا آخر ، فمذهب مالك وجوب الفسخ ، وثبوت الإرث إذا مات أحدهما " [**الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة** : ٢٣٥ ؛ وانظر : الرصاع / **شرح حدود ابن عرفة** : ١٧٨ ـ ١٧٩] .

(٣) انظر بيان ما يفوت به المبيع بيعا فاسدا : الدردير / **الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه** : ٣٦/٢ .

ثم إن نفاذ تصرف المشتري في المبيع بيعا فاسدا ببيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك مما يفوت المبيع ناشئ عن شبهة العقد ، وإذْن البائع في القبض والتصرف ، أما البيع الفاسد نفسه فلم يمض ولم يصحح ، بل يفسخ على كل حال [١] .

فأعمل مالك رحمه الله دليل الحنفية القائل بعدم بطلان البيع الفاسد إذا تصرف فيه المشتري ، في لازم مدلوله الذي هو ثبوت الملك ونفاذ تصرف المشتري في المبيع .

فالبيع الفاسد بمعنى البيع الباطل عند المالكية وهو يشمل كل منهي عنه سواء ألذاته أم لوصفه اللازم [٢]. ومع هذا فإنهم يُميِّزون في البيع بين المحرم والمكروه ، فالبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى مُحرَّمة ، ومكروهة . فأما المُحرَّمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صَحَّت عنده ، وربما صحَّ عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك [٣] .

وخلاصة القول أن ما ذكره المالكية لا يُعدُّ خروجا عن أصلهم القاضي بترادف الفساد والبطلان وإنما تخصيصا له بمقتضى الدليل الشرعي ، ولا يقال إن المالكية يصحِّحون البيع الفاسد في حالة الفوت أو يعطونه حكم الصحيح فيُرتِّبون عليه أثاره ، بل إن نفاذ تصرُّف المشتري في المبيع بيعا فاسدا ببيع أو هبة أو غير ذلك ناشئ عن شبهة العقد وإذن البائع في القبض والتصرف ، ونتيجة لهذا النفاذ نشأ فوت العين فاقتضى ذلك الرجوع بقيمتها تحقيقا للعدل [٤] .

ثانيا ـ الشافعية :

من الثابت المقرر عند الشافعية أن هناك تبايناً بين الباطل والفاسد في بعض الأبواب ، والمسائل الفقهية ، منها : الحج والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض وغيرها [٥] ، إلا أن هذا التباين بين الباطل والفاسد في بعض الأبواب والمسائل الفقهية ليس على أصل الحنفية

---

(١) انظر : ابن رشد / **المقدمات** : ٢٠٣/٣ ــ ٢٠٤ ؛ القرطبي / **الكافي في فقه أهل المدينة** : ٣٥٦ ــ ٣٥٧؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٥/٢ ــ ١٤٦ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٧٢ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه** : ٢٧/٢ ، ٣٥ .

(٢) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٥٤/٣ .

(٣) ١٤٥/٢ ــ١٤٦ .

(٤) انظر : مالك / **المدونة الكبرى** : ٢٠٩/٣ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٤٦/٢ ؛ العلائي / **تحقيق المراد** : ٢٨٤ ، ٣٠٦-٣٠٧ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ٣٢١/١ .

(٥) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٦ ؛ الإسنوي / **التمهيد** : ٥٩-٦٠ .

في تفرقتهم بين المنهي عنه لوصفه اللازم والمنهي عنه لعينه كما صرح بذلك الإمام ابن السبكي [١] نقلا عن علماء الشافعية [٢] ، وأيضا فقد نفي العلائي [٣] حصول تناقض عند الشافعية في اقتضاء النهي بطلان المنهي عنه لعينه أو لوصفه اللازم [٤] .

ووجه تفرقتهم بين الفاسد والباطل في بعض الأبواب والمسائل الفقهية أهم وجدوا بعض المسائل الفقهية قد تختل فيها بعض الشروط ، ومع ذلك يرتب عليها الشارع بعض آثار الصحيح ، بخلاف ما اختل فيها ركن ، فلا يرتب عليها شيئا من آثار الصحيح ، فأطلقوا الفاسد على القسم الأول ، والباطل على الثاني تمييزا بينهما ، لا بناء على أصل الحنفية أن الفاسد ما كان مشروعا بأصله دون وصفه ، والباطل ما كان غير مشروع بأصله ولا وصفه [٥] .

---

(١) **عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن تمام السبكي (٧٢٧ – ٧٧١ هـ)** : أبو نصر ، تاج الدين ، من كبار فقهاء الشافعية ، تفقه على يد أبيه ، وقرأ بنفسه على المزي ولازم الذهبي . برع حتى فاق أقرانه ، درس بمصر والشام ، أمعن في طلب الحديث وكتب الأجزاء والطبقات مع ملازمة الاشتغال بالفقه والأصول والعربية حتى مهر وهو شاب وخرّج له ابن سعيد مشيخة حدث بها . ولي القضاء بالشام ، كما ولي بها خطابة الجامع الأموي . كان شديد الرأي ، قوي البحث ، يجادل المخالف في تقرير المذهب ، ويمتحن الموافق في تحريره .

من مصنفاته : (الأشباه والنظائر) ، و(جمع الجوامع) ، و(الطبقات الكبرى) ، و (الوسطى) ، و(الصغرى) ، (شرح مختصر ابن الحاجب) ، (شرح المنهاج للبيضاوي) .

[انظر : ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٦/٢٢١-٢٢٢) ؛ ابن حجر / **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة** : (٢/٢٥٨ – ٢٥٩) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٤/١٨٤-١٨٥)] .

(٢) انظر : **الأشباه والنظائر** : ٢/٩٨ .

(٣) **خليل بن سيف الدين كيكلدي بن عبد الله العلائي الدمشقي الشافعي (٦٩٤هـ – ٧٦١هـ)**: أبو سعيد صلاح الدين ، فقيه ، أصولي ، محدث لم يخلف في الحديث مثله ، حافظا ثبتا ثقتا عارفا بأسماء الرجال والعلل والمتون ، ، أديبا شاعرا ناظما . سمع الحديث من القاضي تقي الدين سليمان المقدسي وغيره كثير ، وتفقه على الشيخين : كمال الدين الزملكاني ، وبرهان الدين بن الفركاح .

من مصنفاته : (مختصر جامع الأصول لأحاديث الرسول) لابن الأثير الجزري ، (الأشباه والنظائر) في فروع فقه الشافعية ، (تفصيل الإجمال في تعارض الأقوال والأفعال) في الأصول ، (المجموع المذهب في قواعد المذهب) .

[انظر : ابن السبكي / **طبقات الشافعية** : ١٠/٣٥-٣٨ ؛ ابن حجر / **الدرر الكامنة** : ٢/٥١-٥٣ ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : ٤/١٢٦] .

(٤) انظر : **تحقيق المراد** : ٤٠١ .

(٥) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/١٥ .

ويظهر وجه التفرقة بين الفساد والبطلان عند الشافعية في معرض بيانهم لقاعدة : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده [١] .

فهذه القاعدة التي ذكرها مُسَلَّمٌ بها عند الشافعية ، وهي تضبط المواضع التي يستوي فيها العقد الصحيح والفاسد في الضمان دون الباطل . فقد بيَّنوا أن القيد بالفاسد في القاعدة المذكورة يخرج الباطل ، وأن الباطل : ما اختلت بعض أركانه ، وأن الفاسد : ما وجد فيه شرط فاسد .

وأبرز ما يدل على ذلك ما ذكره الإمام الإسنوي [٢] من أن الفرق بين الباطل والفاسد يُتصَوَّر في كل عقد صحيح غير مضمون كالإجارة والهبة ، وغيرهما .

ذلك لأن الإجارة والهبة لو صدر من سفيه أو صبي ، وَتَلِفَتْ العين في يد المستأجر والمتهب ، وجب الضمان ، ولو كان العقد فاسدا لم يجب الضمان ؛ لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه [٣] .

وأيضا يظهر تباين الفساد والبطلان عند الشافعية من خلال الفروع التي قرروا فيها ثبوت الفرق بينهما ، ومنها :

---

(١) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/ ٨ — ١١ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٠٧/١ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٤/ ٢٨٢ .

انظر شرح هذه القاعدة في المبحث الرابع من هذا الفصل ، المطلب الخامس ، ص :

(٢) **عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنَوي (٧٠٤-٧٧٢ هـ)** : أبو محمد ، جمال الدين . فقيه أصولي شافعي ، مفسر مؤرخ . ولد بإسنا من صعيد مصر . سمع الحديث واشتغل بأنواع العلوم ، وأخذ الفقه عن المجد الزنكلوني ، والقطب السنباطي ، والسبكي، والجلال القزويني وغيرهم . قدم القاهرة سنة ٧٢١ هـ فانتهت إليه رئاسة الشافعية ، وانتصب للإقراء والإفادة من سنة ٧٢٧ هـ ، ودرّس التفسير بجامعة طولون ، وولي السبة ووكالة بيت المال ، ثم اعتزل الحسبة وعُزل من الوكالة وتصدّى للتدريس والتصنيف .

من تصانيفه : (المهمات) ، و(التنقيح فيما يرد على التصحيح) ، و(الهداية إلى أوهام الكفاية) ، و(الأشباه والنظائر) ، و(طراز المحافل) ، و(مطالع الدقائق) ، و(شرح المنهاج) للنووي لم يكمل ، و(شرح المنهاج) للبيضاوي .

[انظر : ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٦/٢٢٣-٢٢٤) ؛ الحسيني/**طبقات الشافعية** ، وفيه كنيته بأبي عبد الله : (٢٣٦-٢٣٧) ؛ ابن حجر / **الدرر الكامنة** : (٢/٢١٥-٢١٦) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٢٠٣/٥)] .

(٣) انظر : الإسنوي/ **التمهيد** : ٦٠ .

١ـ الخلع : فكل ما أوجب البينونة وأثبت المُسمَّى ، فهو الخلع الصحيح . وكل ما أسقط الطلاق بالكلية ، أو أسقط البينونة ، فهو الخلع الباطل ، وكل ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعاً ، وأفسد المُسمَّى ، فهو الخلع الفاسد [١].

٢ـ الكتابة : أما الصحيح منها فهي : ما أوقعت العتق ، وأوجبت المُسمَّى ، بأن انتظمت بأركانها وشروطها . وأما الباطلة : فهي ما لا توجب عتقاً بالكُلّيَّة ، بأن اختل بعض أركانها ، والفاسدة : فهي ما أوقعت العتق ، وتوجب عوضا في الجملة ، بأن وجدت أركانها ممن تصح عبارته ، ووقع الخلل في العوض ، أو اقترن بها شرط مفسد . فالباطلة لاغية والفاسدة تشارك الصحيحة في بعض أحكامها [٢] .

٣ ـ العارية : وصورته في إعارة النقد للتزيين هل تصح ، أم لا ؟

وجهان : فإن صَحَّتْ فهي مضمونة . وإن فسدت فوجهان :

أحدهما : أنها مضمونة ؛ لأنها إعارة فاسدة ، وحُكْمُ الفاسد حُكْمُ الصحيح في الضمان وعدمه .

والثاني : لا تضمن ؛ لأنها عارية باطلة [٣] .

ومن خلال ما تقدم يتبين أن الشافعية خصَّصوا أصلهم العام الذي يقتضي استواء الفاسد والباطل في أبواب فقهية كثيرة ففرَّقوا فيها بينهما ، فالفاسد يفيد بعض آثار الصحيح ، أما الباطل فلا يفيد شيئا من الآثار المقررة للعقد الصحيح .

والذي يظهر لي ـ والله أعلم ـ أن تخصيص الشافعية لبعض الأبواب والمسائل الفقهية من الأصل العام عندهم لا يعد مناقضا للقاعدة ؛ وإنما استثناء منها .

ثالثاً ـ الحنابلة :

فرق فقهاء الحنابلة بين البطلان والفساد في مسائل كثيرة ، ويرجع سبب تفرقتهم بينهما إلى ما يلي :

(١) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٦ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٧/٣ ؛ الإسنوي/ **التمهيد** : ٥٩ ؛ الزركشي / **البحر المحيط في أصول الفقه** : ٣٢١/١.

(٢) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٦ ـ ٢٨٧ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** :٣ /٧ ؛ الإسنوي / **التمهيد** : ٥٩ ؛ الزركشي / **البحر المحيط في أصول الفقه** : ٣٢١/١.

(٣) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٧/٣ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٩٨/٢ ؛ الزركشي / **البحر المحيط في أصول الفقه** : ٣٢٣/١ .

أولا ــ ورود أدلة خاصة تقتضي تخصيص القاعدة العامة التي تقتضي استواء العقد الفاسد والباطل في المذهب .

فالمسائل التي فرق فيها الحنابلة بين الفاسد والباطل هي مسائل الدليل ، ولا يعد ذلك على خلاف الأصل كما ظن بعض المتأخرين ، وإنما وجدت لهذه المسائل أدلة خاصة اقتضت أن تترتب عليها بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح رغم وجود خلل بها يقتضي ألا يترتب عليها شيء من آثار الصحيح [1] .

وقد ذكر ابن اللحّام [2] خمس عشرة مسألة يراها من مسائل الدليل التي وجدت لها أدلة خاصة اقتضت تخصيصها من القاعدة العامة عند الحنابلة والتي تقتضي استواء بطلانها وفسادها لولا وجود هذه الأدلة الخاصة .

منها : المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة ، لا بطلانها . فيفسد عقد الوكالة ويصير الوكيل متصرفا بمجرد الإذن ، وهذا الظاهر من كلام كثير من الأصحاب ، وهناك وجه آخر هو أن الوكالة تبطل بذلك كالوديعة .

ومنها : الفاسد من النكاح : ما يُسوَّغ فيه الاجتهاد أو ما اختلف فيه صحة وبطلانًا والباطل : ما أجمع على بطلانه ، وعدم مشروعيته .

فالباطل المجمع على بطلانه لا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح ، إلا في الطلاق إذا تزوجها في عدة من غيره : هل يقع أم لا ؟ وفيه روايتان . وأما الفاسد المختلف فيه فيثبت له أحكام الصحيح [3].

---

(١) انظر : ابن اللحام / **القواعد والفوائد الأصولية** : ٩٥ .

(٢) **علي بن محمد بن عباس بن شيبان البعلي الدمشقي الحنبلي (٠٣ ــ ٨٠٣ هــ)** : أبو الحسن ، علاء الدين ، الشهير بابن اللحام ، الإمام العلامة الفقيه الأصولي ، شيخ الحنابلة في وقته ، أخذ الأصول عن الشيخ شهاب الدين الزهري ، ودرس وناظر ، واجتمع عليه الطلبة وانتفعوا به . ناب في الحكم عن قاض القضاة علاء الدين بن المنجا ثم ترك النيابة وتوجه لمصر وعين قاضيا بها فلم يبرم ذلك ، واستقر يدرس بالمنصورية إلى أن توفي بها . من تصانيفه : (القواعد الأصولية والأخبار العلمية في اختيارات الشيخ تقي الدين بن تيمية) و (تجريد العناية في تحرير أحكام النهاية) .

[انظر : ابن العماد / **شذرات الذهب** : ٣١/٧ ؛ النعيمي / **الدارس في تاريخ المدارس** : ١٢٤/٢ ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : ٢٠٦/٧] .

(٣) انظر : ابن اللحام / **القواعد والفوائد الأصولية** : ٩٦ــ٩٧ . وانظر باقي الأمثلة : ٩٥ ــ ٩٨ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق:٤٥) : ٦٢ ــ ٦٣ .

ثانيا ــ أن المسائل التي حكموا عليها بالفساد هي : المسائل المختلف في فسادها بين علماء الأمة . والتي حكموا عليها بالبطلان هي : المسائل المجمع علي بطلانها ، أو الخلاف فيها شاذ [١].

وبناء على ذلك اصطلح فقهاء الحنابلة على إطلاق وصف الفساد على العقود المختلة التي اختلف فيها بين العلماء أو في بعض شروطها وترتب عليها أكثر أحكام الصحيح ، وإطلاق وصف البطلان على العقود التي وقع فيها خلل وقام الإجماع على بطلانها ، أو كان الخلاف فيها شاذاً لا يُعتدُّ به عند العلماء ، فلا تفيد شيئا من أحكام الصحيح .

ولعل أبرز ما يُبيِّن تفرقة فقهاء الحنابلة بين الفساد والبطلان في بعض الأبواب والمسائل الفقهية ، ما ذكره ابن رجب في القاعدة الخامسة والأربعين من اختلاف فقهاء الحنابلة فيما إذا وقع التعدي في عقود الأمانات [٢]، هل تنفسخ بذلك أي تبطل بحيث لا تظل منعقدة ، أم أنها تظل ــ بعد التعدي فيها ــ منعقدة مفيدة بعض آثار الصحيح ؟ يقول رحمه الله مُوَضِّحا قاعدة المذهب في هذا الاختلاف : " المذهب : أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي ، والأمانة المتضمِّنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح " [٣] .

ثم ذكر ــ رحمه الله ــ مسائل مخرجة على هذا الأصل ، **منها** : الوديعة ، المشهور أنها تبطل بالتعدي ؛ لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد مُتجدِّد ، فوجب الرد على الفور .

ومنها : الشركة والمضاربة ، المعروف من المذهب أنهما تفسدان بالتعدي ويصير ضامنا ، ويصح تصرفه لبقاء الإذن . وقيل تبطلان بالتعدي ، فيبطل تصرفه ؛ لزوال الائتمان والإذن كان منوطا به .

ويمكن من خلال ما ذكره ابن رجب ــ رحمه الله ــ في قاعدة (العقود الفاسدة هل هي منعقدة أم لا ؟) [٤] استنباط ضابط العقود التي تجري فيها التفرقة بين الفساد والبطلان والتي لا يجري فيها ذلك عند الحنابلة .

فعقود الأمانات والعقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة ، والعقود اللازمة التي لا يتمكن العبد من الخروج منها بقوله كالإحرام ، والعقود اللازمة التي يتمكن العبد من

(١) انظر : ابن النجار / **شرح الكوكب المنير** : ١/٤٧٤ .

(٢) وتسمى العقود الجائزة أيضا .

(٣) **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٥) : ٦٢ .

(٤) **القواعد في الفقه الإسلامي** : (ق: ٤٦) : ٦٣ .

الخروج منها بقوله ولكن يترتب عليها حكم مبني على التغليب والسراية والنفوذ كالنكاح والكتابة [١] ، يجري فيها التفرقة بين الفساد والبطلان ، فتنقسم إلى صحيحة وباطلة وفاسدة ، وفاسدها منعقد يترتب عليه بعض أحكام الصحيح .

وأما ما عدا ذلك فلا تكون إلا صحيحة أو باطلة ، وفاسدها وباطلها سواء على أصل المذهب ،كالبيع والإجارة ، فالمعروف من المذهب أن فاسدها وباطلها غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب [٢] .

ومما تجدر الإشارة إليه أن وجه التفرقة بين الفاسد والباطل عند الحنابلة يتأكد من خلال ما ذكره ابن رجب في قاعدة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، فهذه القاعدة تضبط المواضع التي يستوي فيها العقد الصحيح والفاسد في الضمان دون الباطل [٣] .

قال ابن اللحَّام : " إذا قبض العين في العقد الباطل ، فإنها تكون مضمونة عليه على كل حال ، سواء كانت صحيحة العين مضمونة فيه ، أو غير مضمونة ، وإن قبضها في الفاسد ـ وكانت صحيحة العين فيه غير مضمونة ـ ففاسد كذلك " [٤] .

ومن خلال ما تقدم يتبين أن الحنابلة لم يناقضوا أصلهم القاضي بترادف البطلان والفساد ، بل خصَّصوه بمقتضى اعتبارات شرعية خاصة .

وإذن فإن القاعدة العامة صحيحة وغير منتقضة ويجب العمل بها ، باستثناء مواطن التخصيص .

* * * * *

---

(١) " يترتب عليهما الطلاق والعتق ؛ فلقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد " . [ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : (ق: ٤٦) : ٦٣] .

(٢) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : (ق : ٤٦) : ٦٣ .

(٣) انظر : **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٧): ٦٤ . وهذه القاعدة هي التي فرق بها الشافعية بين الفساد والبطلان في العقود التي يستوي صحيحها وفاسدها في الضمان وعدمه دون باطلها ، فإن أحكامها كأحكام المغصوب .

انظر شرح هذه القاعدة في المبحث الرابع من هذا الفصل ، المطلب الخامس ، ص : ٢٠٥ — ٢٠٨ .

(٤) **القواعد والفوائد الأصولية** : ٩٦ .

المبحث الثالث ــ أحكام وآثار العقد الباطل ، والعقد الفاسد :

بعد بيان المراد بالعقد غير الصحيح بتعريفه وذكر اختلاف الفقهاء في التفريق بين العقد الباطل والفاسد ومنشأ الخلاف بينهم ، فإنه من الضروري عقد مبحث خاص بتوضيح أحكام الفساد والبطلان وآثارهما العامة التي هي بمثابة قواعد وضوابط تنظم الآثار الناشئة عنهما ، والمترتبة عليهما .

وينتظم بيان ذلك في ستة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول ــ حكم العقد الباطل :

العقد الباطل تعاطيه حرام ، وهو غير منعقد ، وليس له وجود شرعي وإن وجدت صورته في الخارج ، فلا يترتب عليه موضوعه الذي شرع من أجله ، ولا ينتج عنه أثر من الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح ؛ لاقتضاء القاعدة العامة عدم ثبوت الفرع والأصل باطل ، وعدم حصول المسبب والسبب غير حاصل (١) .

ذلك أن الأسباب عموما إذا لم تفعل على ما ينبغي ، فلم تستكمل شرائطها و لم تنتف موانعها ، فلا تقع مسبباتها شاء المكلّف أم أبى ؛ لأن المسببات ليس وقوعها أو عدم وقوعها باختياره . وأيضاً فإن الشارع لم يجعلها أسباباً مقتضية إلا مع وجود شرائطها وانتفاء موانعها . فإذا لم تتوفر لم يستكمل السبب أن يكون سبباً شرعياً (٢) .

يقول الكاساني (٣) مبيّنا حكم البيع الباطل :"ولا حكم لهذا البيع أصلاً ؛ لأن الحكم

---

(١) انظر : الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** (ق : ٥٨) : ٢٦٦ .

(٢) الشاطبي / **الموافقات** (بتصرف) : ١٦٠/١ . وانظر : البخاري / **كشف الأسرار** :٥٣٠/١ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** :٧٥/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٥٤/٣ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٥ ، ٢٨٧ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٥٢/١ ، ١٣/٣ ــ ١٤ ، ١٦ ؛ السبكي وابن السبكي / **الإبهاج في شرح المنهاج** : ٦٨/١ ــ ٦٩ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ٣٢٣/١ ؛ ٣٢٤ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٦) : ٦٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣١٠/٤ .

(٣) **أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (- ٥٨٧ هـ)** : علاء الدين ملك العلماء ، من فقهاء الحنفية الأعلام ، منسوب إلى كاسان (أو قاشان ، أو كاشان) بلدة بتركستان ، خلف نهر سيحون . أخذ العلم عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور "تحفة الفقهاء" . وتفقه على محمد بن أحمد السمرقندي ، وقرأ عليه معظم تصانيفه . وتفقه عليه ابنه محمود وأحمد بن محمود الغزنوي صاحب المقدمة الغزنوية . وتوفي بحلب .
من تصانيفه : كتاب (بدائع الصنائع) وهو شرح تحفة الفقهاء ، و(السلطان المبين في أصول الدين)
[انظر : اللكنوي / **الفوائد البهية** : (٥٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٧٠/٢) وفيه الكاشاني] .

للموجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة" [١].

وبناء على ذلك فإن الحكم ببطلان العقد أو فساده عند جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة يزيل عنه الشرعية ويجعله كأن لم يكن ؛ لأن وجوده المادي المجرد عن وجوده الشرعي لا اعتبار له في الشرع [٢]، فلا يحقق آثاره المقررة له شرعا باستثناء مواطن التخصيص عندهم .

وكذلك فإن الحكم ببطلان العقد عند الحنفية وبالفساد في مواطن ترادفه ، يعني انتفاء الشرعية عنه كليا ، أما الفساد المباين للبطلان فإن له وجوداً شرعيا غير كامل .

المطلب الثاني ــ سبب البطلان :

يرى الحنفية أن سبب بطلان العقد هو الخلل الواقع في ركن العقد ومقوماته ، أو أحد شرائط انعقاده ، ويمكن القول إن الخلل الواقع في العقد نتيجة مخالفته لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية هو سبب بطلان العقد [٣].

ولذلك عرف فقهاء الحنفية العقد الباطل بأنه ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، ومرادهم من عدم مشروعية الأصل وقوع الخلل في ناحية جوهرية فيه [٤].

ويمكن إرجاع العناصر الجوهرية في العقد إلى جهات ثلاثة :

الأولى ــ صيغة العقد .

الثانية ــ العاقدان .

الثالثة ــ محل العقد .

ثم إن لكل عنصر منها شروطاً لابد من تحققها فيه حتى ينعقد العقد صحيحاً ، وتسمى تلك الشروط في العقد بشرائط الانعقاد ، ويترتب على فقدان أحدها بطلان العقد ، لأن كلا منها يعبر عن ناحية من النواحي الجوهرية التي إذا فقدت لم ينعقد العقد [٥] .

---

(١) **بدائع الصنائع** : ٣٠٥/٥ . وانظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٣٧٠) : ٣٣٤/١ .

(٢) وفقا للقاعدة الفقهية : المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة . والتي تعد تعبيرا دقيقا عن حقيقة العقد الباطل . [المقري / **القواعد** (ق : ١٠٩) : ٣٣٣/١ ؛ الونشريسي/ **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** (ق : ٢) : ١٣٨] .

(٣) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٦٤٩/٢ ــ ٦٥٠ ؛ السنهوري / **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** : ١٢٥/٤ .

(٤) انظر من هذا الفصل : ١٧٣ .

(٥) انظر : الفصل الثالث من الباب الأول : ٦٣ ــ ٨٣ .

فعدم أهلية العاقد ، يوجب بطلان العقد ، فلا ينعقد عقد المجنون والصبي الذي لا يعقل ؛ لوقوع الخلل في أحد النواحي الجوهرية فيه ، ذلك أن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف ، والأهلية لا تثبت بدون العقل . وكذلك بيع الجنين في بطن أمه ، وبيع ما في أصلاب الفحول من الماء وهو المسمى ببيع المضامين ، فإن هذا البيع غير مشروع باعتبار أصله لفقدان ركن من أركانه هو المعقود عليه ، ولكونه غير مقدور على تسليم المبيع فيه [١].

أما سبب بطلان العقد عند جمهور الفقهاء فهو الخلل الواقع في العقد نتيجة مخالفته لنظامه الشرعي سواء أوقع الخلل في أصل العقد وهو أركانه وشروطها ، أم وقع في ناحية فرعية متممة ؛ وذلك لأن الشروط اللازمة لصحة العقد عند جمهور الفقهاء كلها سواء في الحكم كما سبق تقريره .

المطلب الثالث ــ الآثار المترتبة على العقد الباطل ، ومستثنياتها :

إن للعقد الباطل نتيجة أساسية سلبية تتفرع منها عدة آثار هي بمثابة خصائص للعقد الباطل ، ثم إنه ينتج في بعض الأحوال عن العقد الباطل بعض الآثار الفرعية استثناءً من القاعدة العامة في بطلان العقود والتي تفيد : أن العقد الباطل لا يترتب عليه موضوعه الذي شرع من أجله ، ولا ينتج عنه أثر من الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح وفيما يلي أتناول النقاط السابقة بالتوضيح حسب الترتيب التالي :

١ـ الآثار المترتبة على بطلان العقود :

تقدم في المطلب الأول من هذا المبحث أن حكم العقد الباطل هو : عدم ترتب الأحكام والنتائج التي وضعها الشارع للعقد الصحيح الذي توفرت أركانه ومقوماته وشروطه ، فلا يملك بالعقد الباطل ما يملك بغيره ، وإذا حدث فيه تسليم يجب الرد ، ففي

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/١٣٥ ، ١٣٨ ؛ البخاري / **التوضيح على لتنقيح** : ١/ ٢٢٠ . وانظر من هذا البحث : ٧٣ – ٧٦ ، ٧٨ – ٧٩ ، ٨٢.

عقد البيع لا تنتقل ملكية المبيع للمشتري وإن قبضه ، ولا يملك البائع الثمن ، ولـذا يجب الرد [١] .

ولا يملك المصالح ما صالح به في الصلح الباطل [٢] . ولا يملك الموهوب له الهبة في الهبة الباطلة [٣] . ولا يملك المرتهن حبس المرهون في الرهن الباطل [٤] . ولا تحل المرأة للرجل في عقد النكاح الباطل [٥]. وفي الإجارة الباطلة لا يملك المستأجر منفعة العين المستأجرة ولا تملك الأجرة ويجب ردها ؛ لأن أخذها حرام وهي من أكل أموال الناس بالباطل [٦].

ويعد هذا الحكم النتيجة الأساسية لبطلان العقود ، وهي نتيجة سلبية ، فالعقد الباطل يفقد به العقد سببيته لحكمه ، فلا يترتب على العقد الأثر المقرر للعقد شرعاً حال صحته وهذا الحكم في كل العقود الباطلة على وجه الإجمال مع تفصيلات تنظر في مواضعها [٧] .

ويتفرع عن هذه النتيجة السلبية لبطلان العقود آثار عامة هي بمثابة خصائص للعقد الباطل ، وهي ما يأتي :

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٥/٥ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ حيدر /**درر الحكام شرح مجلة الأحكام** شرح (م : ٣٧٠) : ٣٣٤/١ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥٩/٥ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/ ١٤٥ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٧١/٣ ؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٤١٠/٢ ، ١٣/٣ ـ ١٤ ؛ النووي / **المجموع** : ٣٦٩/٩ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي** : ١٨١/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٩٠/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٥/٣ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ١٠٣/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٢٦٤/٢ .

(٣) انظر : الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٩٨/٤ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٤٤٧/١ ـ ٤٤٨؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٥١٩/٢ .

(٤) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ٨٠/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤٨١/٤ .

(٥) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٣٥/٢ ؛ عليش / **شرح منح الجليل** : ٨/٢ ـ ٩ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٤٥/٧ ، ٤٨٤ .

(٦) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٥٩/٢ .

(٧) انظر من هذا المبحث المطلب الأول ـ حكم العقد الباطل : ١٨٧ .

وانظر : النووي / **المجموع** : ٣٦٩/٩ ـ ٣٧٣ ، ٣٧٧ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٦٣/٤ ـ ٦٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣١٠/٤ ـ ٣١١ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٦٥٥/٢ ـ ٦٥٦ .

أولاً - إذا بطل الأصل بطل ما في ضمنه [١] :

هذا الأصل متفق عليه بين الفقهاء ، قال ابن نجيم [٢] : "إذا بطل المتضمِّن (بالكسر) بطل المتضمَّن (بالفتح) " [٣] .

ومعنى هذه القاعدة : أن ما ثبت ضمنا ، إذا بطل أصله لا يبقى له حكم . ومن صورها : إذا تضمَّن عقد الصلح إبراء ، فظهر أن ذلك الصلح باطل ، فكما أنه يكون باطلا، يكون الإبراء الذي في ضمنه باطل .

ومنها : التعاطي ضمن عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع .

ومنها : لو أجَّر الموقوف عليه و لم يكن ناظرا ، لم تصح ، وإن أذن للمستأجر في العمارة فأنفق ، لم يرجع على أحد وكان متطوعا ؛ لأن الإجارة لمّا لم تصح ، لم يصح ما في ضمنها .

ومنها : لو جدَّد النكاح لمنكوحته بمهر ، لم يلزمه ؛ لأن النكاح الثاني لم يصح فلم يلزم ما في ضمنه من المهر [٤].

واستثنى الشافعية والحنابلة من ذلك العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة فإنَّ فسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن ، ولكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة إلا مقيدة بالفساد [٥].

وبيَّن ابن رجب ـ رحمه الله ـ الفرق بين الإذن في البيع وبين الإذن في العقود الجائزة ، فذكر أنَّ البيع وُضِع لنقل الملك لا للإذن ، وصحة التصرف فيه تستفاد من الملك لا

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٩١ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٥٢) : ١/ ٤٩ .

(٢) **زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر الحنفي الشهير بابن نجيم (٩٢٦ ـ ٩٧٠ هـ)** : من أهل مصر ، فقيه أصولي حنفي . كان عالماً محققاً ومكثراً من التصنيف .
من مصنفاته : (البحر الرائق في شرح كنز الدقائق) ، و(الفوائد الزينية في فقه الحنفية) ، و(الأشباه والنظائر) ، و(مختصر التحرير) ، و(شرح المنار) في الأصول .
[انظر : اللكنوي / **التعليقات السنية على الفوائد البهية** : (١٣٤-١٣٥) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣/ ٦٤) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٤/ ١٩٢)]

(٣) انظر : ابن نجيم/**الأشباه والنظائر** : ٣٩١ .

(٤) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٩١ ؛ **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (شرح م : ٥٢) : ١/ ٤٩ .
" ويقرب من هذه القاعدة قولهم : المبني على الفاسد فاسد " . [ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٩٢] .

(٥) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢/ ٤٠٩ ، ٣/ ١٥ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق: ٤٦) : ٦٣ .

من الإذن ، بخلاف الوكالة فإنَّها موضوعة للإذن . وأيضا إنَّ الإذن في البيع مشروط بسلامة عِوَضِهِ ، فإذا لم يسلم العِوَض ، انتفى الإذن والوكالة إذن مطلق من غير شرط [١] .

ثانيا - إذا بطل العقد بطل ما بُني عليه :

هذه القاعدة مبنية على ما قبلها ، لأن ما بُني على الباطل فهو باطل ، فالقبض الذي يتم بين المتعاقدين بعد العقد الباطل باطل ؛ لأنه مبني على العقد فإذا بطل العقد بطل ما بُني عليه [٢].

ثالثاً - العقد الباطل لا تلحقه الإجازة :

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ؛ لأن الإجازة لا تلحق إلا العقد الصحيح الموقوف عند القائلين به [٣] ، والعقد الباطل غير منعقد أصلا ، ومعدوم شرعاً ليس له وجود فلا تلحقه الإجازة [٤] .

وصرَّح الشافعية بأنه لو حذف المتعاقدان المفسد للعقد ، ولو في مجلس الخيار ، لم ينقلب العقد صحيحا ، إذ لا عبرة بالفاسد [٥]. وهذا يعني أن الفاسد عندهم لا تلحقه الإجازة كالباطل عند الحنفية .

رابعاً - العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ، ولا يُحتجُّ به أمام القضاء :

العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ، وهو منقوض من أساسه ، ولا يُحتجُّ به أمام القضاء ولا يحتاج لحكم حاكم لنقضه ؛ لأن فسخ العقد يقع على العقد المنعقد الموجود ، والباطل غير منعقد وغير موجود [٦]. وبناء على ذلك يتصرف العاقدان ، فإذا كان العقد الباطل بيعا فللبائع بيع العين المبيعة ثانية أو استهلاكها ؛ لأنها لا تزال على ملكه .

---

(١) **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٦) (بتصرف) : ٦٤ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٩٢ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (شرح م : ٥٢) : ١/ ٤٩ .

(٣) انظر من هذا البحث ، ص : ١٦٩ .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٤/١٧٧ ، ٥/٢٧١ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٢/١٦٠.

(٥) انظر : الجمل / **حاشية الجمل على شرح المنهج** : ٣/٨٥ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٢/١٨١ .

(٦) انظر : الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٣/٧١ . وانظر من هذا المبحث ـــ المطلب الأول : حكم العقد الباطل ، ص : ١٨٧ .

إلا أنه قد يحتاج إلى إقامة دعوى لتقرير البطلان في بعض الأحوال ، كما لو كان العقد الباطل قد تمَّ تنفيذه وتمسَّك به ذو مصلحة لديه ، كعقد البيع مثلا إذا أُعقبه تسليم المبيع وأراد البائع استرداده و لم يستطع بالتراضي .

وأيضا لو كان سبب البطلان فيه خفاء واشتباه ، فيلجأ الطرف المتمسِّك بالبطلان لإقامة دعوى لأجل الإبطال .

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء بالبطلان عند التنازع فيه إنما يقرر البطلان ولا ينشئه . فالقاضي في مثل هذه الأحوال إنما يقضي بأن العقد صدر باطلا من أصله ، ولا يبطله كما يبطل العقد المستحق للفسخ بحيث لو لم يفسخه كان نافذا ؛ لأن العقد الباطل غير منعقد وغير موجود ، فهو يقرر البطلان ولا ينشئه [١].

خامساً . البطلان لا يسري عليه حكم التقادم [٢] :

الأصل أن التصرفات الباطلة لا تنقلب صحيحة بتقادم الزمان . ولو حكم حاكم بنفاذ التصرفات الباطلة ، فإن ثبوت الحق وعودته يعتبر قائما في نفس الأمر ، ولا يحل لأحد أن ينتفع بحق غيره نتيجة تصرف باطل ما دام يعلم بذلك . فإنَّ حُكمَ الحاكم لا يُحلُّ حراما ولا يُحرِّمُ حلالا .

كما أنَّ عدم سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة يختلف الفقهاء في تحديدها حسب الأحوال ، لا أثر له في صحة التصرف إن كان باطلا .

يقول ابن نجيم :" الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، قذفا أو قصاصا أو لعانا أو حقا للعبد " [٣].

ويقول : إذا قضى القاضي في مسائل مجتهداً فيها نفذ قضاؤه ، إلا في مسائل منها : لو قضى ببطلان الحق بمضي المدة ، أو بصحة نكاح المتعة ، أو بسقوط المهر بالتقادم ، أو بحل المطلقة ثلاث بمجرد عقد ثانٍ ، أو ببيع درهم بدرهمين يدا بيد [٤].

---

(١) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٢/٦٦٧ — ٦٧٠ .

(٢) التقادم لغة : مصدر تقادم ، يقال تقادم الشيء أي صار قديما . ولا يخرج المعنى الاصطلاحي في الجملة عن المعنى اللغوي . [انظر (م : قدم) : الرازي / **مختار الصحاح** : ٢١٩ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ١٨٨ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** شرح (م : ١٦٦٠) : ١٤/٢٦١] .

(٣) **الأشباه والنظائر** : ٢٢٢ .

(٤) انظر : المرجع السابق (بتصرف) : ٢٣٢ .

٢ـ الآثار المترتبة على العقد الباطل استثناءً من النتيجة الأساسية لبطلان العقود :

قد يترتب على العقد الباطل بعض الآثار التي تترتب على العقد الصحيح ، وهذه الآثار تعد استثناء من النتيجة الأساسية ـــ السابقة ـــ للعقد الباطل [١]، كما أن هذه الآثار لا تنتج عن ذات العقد ، وإنما عن وصف آخر اقترن بالعقد ، أو صاحبه ، أو حصل بعده ، فينتج عن ذلك بعض الآثار الفرعية التي تترتب على العقد حالة انعقاده [٢].

يقول الشاطبي في المسألة الحادية عشرة من مسائل السبب : الأسباب الممنوعة أسباب للمفاسد لا للمصالح ، ومثل لذلك فقال : فالأنكحة الفاسدة ممنوعة ، وإنْ أدَّت إلى إلحاق الولد ، وثبوت الميراث ، وغير ذلك من الأحكام . وهي مصالح . والغصب ممنوع للمفسدة اللاَّحقة للمغصوب منه وإن أدَّى إلى مصلحة الملك عند تغير المغصوب في يد الغاصب ، أو غيره من وجوه الفوت .

فالذي يجب أن يعلم أن المصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست بناشئة عنها في الحقيقة . وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها حدثت لاحقة لها وجاءت تبعاً [٣].

وعلى هذا فلا يقال أنَّ ترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل على خلاف القاعدة ؛ لأن ذلك ليس ناتجا عن العقد الباطل وإنما لاعتبارات شرعية أخرى .

وللشافعية قاعدة في كون بعض العقود الفاسدة أو الباطلة تترتب عليها بعض من أحكام الصحيح وهي : إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص قد لا يعمل العموم [٤] .

إلا أنه يمكن القول أن القاعدة العامة في ذلك عند الفقهاء هي : أنَّ ترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل ليس ناشئاً عن العقد الباطل وإنما لأمور أخرى خارجة عن نفس العقد الأول [٥] .

والأمثلة التالية توضح القول وتبينه .

---

(١) والتي تعد قاعدة عامة للعقد الباطل .

(٢) انظر : الشاطبي / **الموافقات** : ١/١٦٠ ـــ ١٦١ و ١٧٤ ١٧٥ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/١٥ .

(٣) **الموافقات** (بتصرف) : ١/١٧٤ ـــ ١٧٥ .

(٤) انظر : الزركشي / **البحر المحيط** : ١/٣٢٤ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٨٢ .

(٥) انظر : الشاطبي / **الموافقات** : ١/١٦١ .

أ - عقد النكاح الباطل :-

الأصل أنّ عقد النكاح الباطل [١] ليس له وجود شرعي ، وإن وجدت صورته في الخارج . فلا يترتب عليه الأثر المقرر للعقد الصحيح من حل الاستمتاع ، ووجوب المهر ، والنفقة وغيرها من آثار عقد النكاح الصحيح ، ولكن إذا اقترن بالدخول مع وجود شبهة معتبرة في الشرع [٢] ، فإنه تترتب عليه بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح ، فيدرأ به الحد ويمحو وصف الزنا ، ويجب به المهر للمرأة ، والعدة عليها ، ويثبت به النسب ، وثبوت هذه الآثار إنما نتج عن الدخول الذي أقترن بالعقد الباطل ، وليس عن ذات العقد . هذا على وجه الإجمال وللفقهاء تفصيلات تنظر في مواطنها [٣] .

وتعد هذه الآثار استثناء من القاعدة العامة في بطلان العقود ، وذلك لاعتبارات شرعية خاصة تتعلق بالنسب والعرض والحد وغيرها .

قال الكاساني "وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول . وأما بعد الدخول ، فيتعلق به أحكام . منها ثبوت النسب ، ومنها وجوب العدة ، وهو حكم الدخول حقيقة .

---

(١) والفاسد مرادف له عند جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، فحيث ورد التعبير بهما في باب النكاح فعلى سبيل الترادف لا التغاير .

فقد قرر جمهور الحنفية أن النكاح الباطل والفاسد سواء على خلاف الأصل العام عندهم .

[انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٤٣٩/٣ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير على الهداية** : ٢٤٣/٣ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٥٤/٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٧/٣] .

أما الحنابلة فقد فرقوا في باب النكاح بين الفساد والبطلان على خلاف الأصل العام عندهم ، وذلك بناء على الإجماع والاختلاف . وإذاً فعقد النكاح عند الحنابلة إما صحيح تترتب عليه آثاره ، وهو : ما استجمع أركانه وشرائطه ، وانتفت موانعه ، وكان متفقاً على مشروعيته . وإما باطل ليس له وجود شرعي ، ولا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح ، وهو : ما أجمع على بطلانه ، وعدم مشروعيته ، كنكاح الخامسة ، ونكاح إحدى المحارم . وإما فاسد يترتب عليه أكثر أحكام الصحيح ؛ لانعقاده ، وهو : ما اختلف فيه صحة وبطلاناً ، كالنكاح بلا ولي ، أو بلا شهود . [انظر : ابن اللحام / **القواعد والفوائد الأصولية** : ٩٦ — ٩٧] .

(٢) كالأنكحة المختلف فيها ؛ لأن الأنكحة المختلف فيها كان الدخول بسببها مع شبهة لها دليل وهو دليل المخالف وإن كان ضعيفا ، وهو يقتضي الحل . [انظر : أبو زهرة / **الأحوال الشخصية** : ١٧١ —١٧٢ ، ١٧٥] .

(٣) انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ٢٢١/١ ؛ البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١/ ٢٢٠ — ٢٢١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٤٠/٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٧؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٦) : ٦٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧ / ٣٤٢ — ٣٤٥ ؛ أبو زهرة / **الأحوال الشخصية** : ١٧١ — ١٧٦ .

ومنها وجوب المهر . والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ؛ لانعدام محله ، أعني محل الحكم وهو الملك ؛ لأن الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك ؛ لأن الحرية خلوص والملك ينافي الخلوص ، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق والحرية تنافي الرق . إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب ، ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة ، فوجب المهر . فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول ، فلا يجعل منعقداً قبله " [١].

ب . ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل :.

اختلف الفقهاء في حكم المبيع المقبوض في البيع الباطل على قولين :

القول الأول — اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية في القول الراجح [٢]، والمالكية [٣]، والشافعية [٤]، والحنابلة [٥]، والظاهرية [٦] على أن المشتري إذا قبض المبيع في العقد الباطل فإنه يكون في ضمانه ، فإذا تلف المبيع كله أو هلك في يد المشتري فإنه يضمنه بالمثل إن كان مثليا ، وبالقيمة إن كان قيميا ، وكذلك يضمن زياداته ؛ لحصولها بيده بغير إذن الشرع .

(١) **بدائع الصنائع** : ٣٣٥/٢ . وانظر : الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٤٣٩/٣ .

(٢) هذا القول لبعض مشايخ الحنفية منهم : شمس الأئمة السرخسي وغيره ، وهو قول الإمام أبو حنيفة ويوسف ومحمد ، وقيل قول أبو يوسف ومحمد ، وعليه الفتوى . [انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥٩/٥ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٤٠٤/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠٤/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٠٤/٦].

(٣) انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٧٠/٣ — ٧١ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه** : ٣٥/٢ .

(٤) انظر : النووي / **المجموع** : ٣٦٩/٩ — ٣٧٠ .

(٥) انظر : البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٥/٣ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٩٠/٢؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣١١/٤ .

(٦) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ٣٣٢/٧ .

وهذا الحكم يُخرَّج على قاعدة : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، والمراد استواء الصحيح والفاسد في أصل الضمان ، فعقد البيع الصحيح مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة أو المثل [(١)].

وجه هذا القول : أن المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة بدفع الثمن ، فيكون مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء [(٢)] ؛ فالمبيع في العقد الباطل ليس بأدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء ، بل أولى منه في الضمان [(٣)] .

واستثنى المالكية من ذلك ، إذا كان المبيع مما لا يجوز تملكه شرعا كالميتة ، فضمانه على بائعه وإن قبضه المشتري [(٤)] .

القول الثاني : ذهب بعض فقهاء الحنفية [(٥)] إلى أن المبيع المقبوض في البيع الباطل يكون أمانة في يد المشتري ، فإذا هلك في يده من غير تعدٍّ أو تقصير منه ، فلا يضمنه[(٦)]. وبهذا القول أخذت المجلة حيث جاء في (م : ٣٧٠) : "وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدٍّ لا يضمنه " [(٧)].

وجه هذا القول : أنَّ البيع لما كان باطلا بقي مجرد القبض بإذن المالك ، وهو لا يوجب الضمان على القابض بغير تعدٍّ، كالوديعة [(٨)] .

---

(١) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ — ٢٨٤ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي (ق : ٤٧) : ٦٤ .**

(٢) وصورته : أن يسمي البائع الثمن ، ويقول للمشتري اذهب بهذا فإن رضيته اشترِه أو يقول المشتري اذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بما ذكر . [ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٩/٥؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٠٤/٦]

(٣) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠٤/٦ .

(٤) انظر : الدسوقي / **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٧١/٣ .

(٥) منهم أبو نصر بن حمد الطواويسي ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . [انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠٤/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٩/٥] .

(٦) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠٤/٦ ؛ [ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٩/٥ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٣٤/١.

(٧) ٣٣٤/١ .

(٨) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٩/٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٥/٥.

الترجيح :

من خلال العرض السابق لهذه المسألة يظهر لي أن القول الراجح هو قول جمهور الفقهاء الذي يرى أن المبيع في عقد البيع الباطل يكون مضمونا في يد المشتري ؛ لأنه قبضه على سبيل المعاوضة بقصد تحقيق مصلحته ، وتحقيقا للقاعدة الفقهية : أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده .

وبهذا يتبين أن العقد الباطل وإن كان لا ينتج أثراً كتصرف شرعي فلا ينقل الملك ، إلا أنه كواقعة مادية إذا اقترن بالتسليم ينتج أثراً ؛ لأن التسليم تم لتحقيق مصلحة المشتري فيكون المبيع مضمونا في يده إذا هلك . ـــ والله أعلم ـــ

ج ـ انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح لتوفُّر أسباب الصحة فيه :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه متى أمكن تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ، لتوفُّر أسباب الصحة فيه ، صحَّ ذلك ، سواء أكانت الصحة عن طريق المعنى عند بعض الفقهاء ، أم عن طريق اللفظ عند البعض الآخر ، نظرا لاختلافهم في قاعدة هل العبرة بصيغ العقود أم معانيها ؟ [(١)] .

مذهب الحنفية والإمام ابن القيم [(٢)] أن الاعتبار في العقود للمعنى لا للألفاظ ، ومعنى ذلك أنه عند انعقاد العقد لا ينظر إلى ما يتلفظ به العاقدان ، وإنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يتلفظ به حين العقد .

والظاهر من خلال تتبع الفروع الفقهية لهذه القاعدة عند الحنفية أن اعتبار المعاني في العقود مصرح به في أكثر من عقد ، وهذا ما أشار إليه ابن نجيم [(٣)].

ومن صور هذه القاعدة عند الحنفية :

١ – إذا انعقد عقد الكفالة بشرط إبراء المدين والتزام الكفيل بدفع الدين صار حوالة ،

---

(١) تنبيه : سأذكر أصل هذه القاعدة عند كل مذهب وبعض صورها ، ومن أراد الاستزادة لصور هذه القاعدة ومستثنياتها فلينظرها في مظانها .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٢٠٧ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٢٦٦/٢ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م: ٣) : ١٨/١ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ١٨/١ ــ ١٩ ؛ ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٧٩/٣ ، ٩٨ ــ ٩٩.

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٢٠٧ .

وتثبت فيه أحكام الحوالة ، وبشرط عدم براءته يكون كفالة ، وتثبت فيه أحكام الكفالة ؛ اعتبارا للمعنى [١].

٢- ينعقد البيع بلفظ الهبة مع ذكر الثمن ؛ لأن الهبة بشرط العوض هبة لفظا بيع معنى، فلو قال شخص : بعتك هذه الدار بمائة ألف ريال ، كان بيعا إجماعا [٢].

٣-لو وهب الدائن الدين للمدين كان إبراءا ؛ لأن الاعتبار للمعنى لا للفظ [٣].

ومذهب المالكية [٤] أن الأصل في العقود كلها النية والقصد مع اللفظ المشعر بذلك أو ما يقوم مقامه .

وقد توسع فقهاء المالكية في تطبيق هذه القاعدة في بعض العقود ومنها عقد البيع وما في معناه ، فينعقد البيع بالمعاطاة ــ وغيره من المعاوضات ــ ، واستثنوا من ذلك عقد النكاح فقد شددوا فيه واشترطوا لانعقاده الصيغة الدالة عليه [٥] .

أما الشافعية والحنابلة فقد اختلفوا هل المعتبر في العقود الصيغة أو المعنى ؟ [٦] .

ونظرا لعدم وجود أصل متفق عليه في هذه القاعدة عند فقهاء الشافعية والحنابلة فإن الترجيح مختلف في الفروع الفقهية ، فمنهم من رجح المعاني على الألفاظ ، ومنهم من رجح الألفاظ على المعاني .

يقول ابن رجب : " إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ؟ فيه خلاف ، يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل " [٧] .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٢٠٧ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٣٩/٦ ؛ ابن عابدين / **منحة الخالق على البحر الرائق** : ٢٣٩/٦؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٢/٦ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٢٠٧ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٢٦٨/٢ .

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٢٠٧ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٢٦٦/٢ .

(٤) انظر : المكي / **تهذيب الفروق والقواعد السنية** (ف: ٢) : ٣٩/١ .

(٥) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ١٥٧): ١٤٣/٣ ؛ المكي / **تهذيب الفروق والقواعد السنية** (ف : ١٧٥) : ١٨١/٣ . وانظر من هذا البحث ، ص : ٦٢ .

(٦) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٧٣/٢ .

(٧) **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٣٨) : ٤٨.

وقد ذكر الإمام السيوطي [1] رحمه لهذه القاعدة صورا كثيرة ، منها :

١- إذا قال البائع : بعتك إن شئت ، إن نظرنا إلى المعنى صح؛ لأنه لو لم يشأ المشتري لم ينعقد ، وهو الأصح .

وإن نظرنا إلى لفظ التعليق بطل العقد ، لأن عقد البيع لا يقبل التعليق .

٢- الخلاف في الإجارة بلفظ البيع ، فلو قال : بعتك منفعة هذا الدار شهرا ، إن نظرنا إلى اللفظ لم تنعقد ، وهو الأصح . وقيل تنعقد نظرا إلى المعنى .

٣- الخلاف في الرجعة بلفظ النكاح ، والأصح صحتها به [2] .

وضابط هذه القاعدة عند الشافعية هو :

١- إن تهافت اللفظ حكم بالفساد على المشهور ، كبعتك بلا ثمن .

٢- إن لم يتهافت اللفظ فإما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو أن يكون المعنى هو الأشهر ، فإن كانت الصيغة أشهر ، فالأرجح اعتبارها ، وإن كان المعنى هو الأشهر فالأصح اعتباره ، وإن استوى الأمران فوجهان ، والأصح اعتبار الصيغة لأنها الأصل والمعنى تابع لها [3] .

المطلب الرابع ـ حكم العقد الفاسد :

يتميَّز مذهب الحنفية عن غيره من المذاهب الفقهية بتفريقه بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، وبناءً على تفريقهم بين العقد الباطل والفاسد فقد تميَّزت أحكام كلٍ منهما عن الآخر[4] ، وفيما يلي بيان حكم العقد الفاسد تفصيلاً على النحو التالي :

---

(١) **عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي (٨٤٩ ـ ٩١١ هـ)** : أبو الفضل ، جلال الدين ، من كبار علماء الشافعية . أصله من أسيوط ، ونشأ يتيماً بالقاهرة . حفظ القرآن وهو ابن ثماني سنوات ، مؤرخاً أديباً . وأعلم أهل زمانه بعلم الحديث وفنونه والفقه واللغة . لما بلغ الأربعين اعتزل الناس وتفرغ للتأليف .

من مصنفاته و التي أحصاها بعضهم (٦٠٠) : (الأشباه و النظائر) في فروع الشافعية ، و(الحاوي في الفتاوي)؛ و(الإتقان في علوم القرآن)، و(الجامع الصغير) في الحديث ، و(الدر المنثور في التفسير المأثور) .

[انظر : البغدادي / **هدية العارفين** : (٥٣٤/١-٥٤٤) ؛ ابن العماد / **شذرات الذهب** : (٥١/٨-٥٥) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (١٢٨/٥-١٣١) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣٠١/٣-٣٠٢)] .

(٢) السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ١٦٦ ـ ١٦٧ .

(٣) الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٧٤/٢ .

(٤) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠١/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٤٩/٥ .

أولاً ـ قبل القبض :

العقد الفاسد منعقد شرعاً ، إلا أن الأصل أنه لا ينتج أثراً ؛ لأنه عقد غير صحيح ومنهي عنه ، وبناءً على ذلك فإن العقد الفاسد لا ينتقل به الملك قبل الإذن بالقبض صراحة أو دلالة [١]، ولا ينتج حقوقا ، ولا يفرض التزامات ؛ كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد . ففي عقد البيع الفاسد لا يستطيع البائع إجبار المشتري على دفع الثمن ، كما أنَّ المشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع ؛ لأن القبض شرط الملك ، ولأن كلاً من العاقدين يجب عليه فسخ العقد .

وأيضاً فإن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة ، ولا تثبت فيه الشفعة ، حتى بعد القبض وانتقال الملكية ؛ لعدم انقطاع حق البائع ، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري [٢] .

ثانياً ـ بعد القبض :

العقد الفاسد بعد القبض بإذن مالكه يفيد حكمه في الجملة . فعقد البيع الفاسد مثلاً يفيد الملك بعد القبض بإذن البائع صراحة أو دلالة ويضمنه بالمثل أو القيمة لا بالمسمى ، وهو ملك يستحق الفسخ ، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك ، كالبيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المملوك ، وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسُكْنى الدار فالصحيح أنه لا يحل ؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع ؛ لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ، ولهذا لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد بالتسليم [٣] .

وذهب بعض الحنفية إلى أن المشتري بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف في العين فحسب ، بل يملك العين نفسها والتصرف فيها ، وإنما لم يحل له الانتفاع بعين المملوك ؛ لأن الانتفاع به إعراض عن الرد وهو واجب شرعا [٤].

---

(١) كما إذا قبض المشتري المبيع في مجلس العقد بوجود البائع و لم يمنعه البائع كان إذنا منه بالقبض دلالة . [انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/ ٤٦٣ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٦/ ٤٦٣] .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع**: ٣٠٤/٥ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٤٦٢/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٦/ ٤٦٢ .

(٣) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠٤/٦ ـــ ٤٠٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٤/٥ .

(٤) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٩٢/٦ ـــ ٩٣ .

ثالثا - وجوب فسخ العقد الفاسد :

العقد الفاسد واجب الفسخ سواء أقبل القبض أم بعده ما لم يوجد مانع من موانع الفسخ [١] ؛ لأن العقد وإن كان مشروعاً في ذاته فالفساد مقترن به ذكراً ، ودفع الفساد واجب ولا يمكن إلا بفسخ العقد [٢].

يقول الكاساني معللاً استحقاق البيع الفاسد للفسخ" لأن اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وإدخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية ، والزجر عن المعصية واجب ، واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية ؛ لأنه إذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة " [٣]

إلا أن فقهاء الحنفية صرحوا بانقلاب العقد الفاسد صحيحا إذا أمكن رفع سبب الفساد بدون الفسخ قبل القبض ؛ وذلك لأن العقد الفاسد واجب الفسخ لغيره لا لعينه ،كما إذا كان الفساد في البيع لجهالة الأجل فعيَّنه العاقدان قبل انتهاء مجلس العقد ، أو أسقطاه بعد مجلس العقد ، يسقط ويبقى البيع مشروعاً ، كذلك العقود الربوية يمكن تصحيحها بإزالة الربا عنها ، والعقود المقترنة بالشروط الفاسدة تنقلب صحيحة بإسقاط هذه الشروط [٤].

وهذا الحكم يتخرج على قاعدة : إذا زال المانع عاد الممنوع . ومعنى هذه القاعدة : أن ما شرع من الأحكام في الأصل وامتنعت مشروعيته بمانع عارض ، فإذا زال المانع عاد حكم مشروعيته وجوازه [٥] .

---

(١) ومن موانع الفسخ في عقد البيع الفاسد : تصرف المشتري في المبيع بعد قبضه تصرفا يستوجب لغيره حقا ، فإذا باع المشتري المبيع المقبوض بعقد فاسد بلا شرط خيار ، أو وهبه مع تسليمه أو تصدق به أو وقفه ، بطل حق الفسخ ورجع البائع على المشتري بقيمة الشيء أو مثله . ومنها : الزيادة إذا كانت متصلة غير متولدة من الأصل ولا يمكن تسليم المبيع إلا بها . [انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠١/٥ — ٣٠٣] .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٠/٥ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٤٦٥/٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٦٥/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٤٦٥/٦ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٢٤/٥ .

(٣) **بدائع الصنائع** : ٣٠٠/٥ .

(٤) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٥/٦ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٠/٥ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٣٨١/١ .

(٥) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٤) ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٣٥/١.

أما إذا لم يرفع سبب الفساد ، أو كان لا يمكن رفعه بقي العقد الفاسد مستحقاً للفسخ .

ولكن من يملك حق الفسخ في العقد الفاسد ؟ لكل من العاقدين حق فسخ العقد الفاسد قبل القبض من غير رضا الآخر رفعاً للفساد ؛ لأن العقد الفاسد قبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والإيجاب فيملكه كل من العاقدين [1].

فإذا تم القبض في العقد الفاسد ينظر هل الفساد في صلب العقد[2]، أم لا ؟

فإن كان الفساد في صلب العقد كان لكل من العاقدين حق الفسخ كالقسم الذي قبله ؛ لأن الفساد إذا رجع إلى صلب العقد فقد سلب العقد اللزوم ، فكان لكل منهما حق فسخه .

أما إن كان الفساد في العقد راجعا إلى شرط فاسد كالبيع على أن يقرضه ، أو إلى أجل مجهول ، فقد اختلف فقهاء الحنفية لمن يكون حق الفسخ ؟

ففي قول أبي حنيفة وأبي يوسف لكل من العاقدين حق الفسخ ؛ لأن العقد مستحقٌ للفسخ حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ، وإذا كان العقد غير لازم فلكل من العاقدين فسخه .

وعلى قول محمد فإن حق الفسخ لمن له شرط المنفعة ، ولا يملك العاقد الآخر حق فسخ العقد ؛ لأن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد ، ذلك أنه إذا أسقط شرطه زال سبب الفساد وانقلب العقد صحيحا ، فلو فسخه الآخر لأبطل حقه عليه ، وهذا غير جائز [3] .

بقيت الإشارة إلى مسألة مهمة ، وهي :

إذا لم يمكن رفع الفساد من العقد أو إسقاطه فهل يملك العاقدان أو أحدهما التنازل عن فسخ العقد الفاسد ؟

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٣٠٠ ؛ المرغيناني / **الهداية** : ٦/ ٤٦٥ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/ ٤٦٥ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٦/ ٤٦٥ .

(٢) أي لمعنى في أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين ، و بيع ثوب بخمر . [البابرتي / **العناية على الهداية** : ٦/ ٤٦٥] .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٣٠٠ ؛ المرغيناني /**الهداية** : ٦/ ٤٦٥ ؛ ابن الهمام /**فتح القدير** : ٦/ ٤٦٥ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٦/ ٤٦٥ .

الفسخ في العقد الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط ، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت العقد أو ألزمته ؛ لسببين :

أحدهما : أن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة ؛ لأنها أثر من آثار العقود الصحيحة ، والفاسد يباين الصحيح .

الثاني : أن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى لدفع الفساد ، وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه قصداً [1].

وإذاً فإذا أسقط العاقدان أو أحدهما حقه في الفسخ أو أجاز العقد ، فلا يسقط حقه في الفسخ ، ولا يعتد بإجازته للعقد ، ويبقى وجوب فسخ العقد الفاسد دفعاً للفساد .

رابعا ـ ضابط في العقود التي يجري فيها الفساد عند الحنفية :

إن تقسيم العقد غير الصحيح عند الحنفية إلى فاسد وباطل لا يشمل جميع العقود ، بل يقتصر على طائفة منها ، فالعقود ليست كلها سواء في هذا التقسيم عند الحنفية ، وهذا يعني أن هناك طائفة من العقود يشملها هذا التقسيم للعقد غير الصحيح فيكون غير الصحيح منها إما فاسداً أو باطلاً ، وهناك طائفة أخرى من العقود لا يشملها هذا التقسيم ، فلا يجري فيها الفساد ، فالعقد الفاسد منها بمعنى الباطل ، ويجري عليه حكم البطلان ، أي أن العقد غير الصحيح فيها بدرجة واحدة فلا فرق بين فاسد وباطل .

لكن ما الضابط الذي يميز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري فيها ؟

لم يضع فقهاء المذهب الحنفي ضابطا لتمييز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري فيها إلا أنهم يصرحون بذلك عند كل عقد في موضعه ، وبناء على ذلك وضع الفقهاء المعاصرين ضابطاً يميِّز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري فيها الفساد عند الحنفية [2]، وهذا الضابط يبين محل التمييز بين القسمين ، وهو التالي :ـ

إن العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة ، أو تنقل الملكية هي التي يجري فيها التمييز بين الفساد والبطلان .

---

(1) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٣٠١ .

(2) انظر : الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٢/٦٨١ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٤٨٧ .

فيدخل في هذا الضابط عقد البيع والإجارة والحوالة والشركة والمزراعة والمساقاة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة وأمثالها ؛ لأنها عقود مالية وتنتج التزامات متقابلة ، وأيضا يدخل في هذا الضابط عقد القرض والرهن ؛ لأنهما ينقلان الملكية [١].

وخرج عن هذا الضابط ما يلي :

١ـ العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة ولكن لا تنقل الملكية ، كالإيداع والإعارة .

٢ـ العقود غير المالية ،كعقد النكاح ، فلا فرق بين باطله وفاسده ، وهما بمعنى واحد ولهما حكم واحد عند جمهور الحنفية [٢].

وكذلك عقود التفويض كالوصاية والوكالة والتحكيم ؛ لأن هذه العقود ليس محلها المال ، وإنما محلها الولاية والسلطة والنيابة والتفويض .

٣ـ تصرفات الإرادة المنفردة التي ليست من قبيل العقود ، وإن كان يطلق عليها لفظ العقد بمدلوله العام [٣]، كالطلاق والعتاق والوقف والإبراء والكفالة والإقرار والدعوى وأمثالها ، فلا فرق بين فاسدها وباطلها وكلاهما بمعنى واحد .

المطلب الخامس ـ أثر العقد الفاسد في الضمان :

القاعدة عند الفقهاء في ذلك هي : أنَّ كلَّ عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده ، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده [٤] .

نص على ذلك الشافعية والحنابلة ، وهو المستفاد من مذهب الحنفية والمالكية .

فالعقد الفاسد عند الحنفية يفيد حكمه بعد القبض بإذن المالك ؛ فإن كان من عقود الضمان وحصل القبض فإنه يوجب الضمان مع الفساد ، كعقد البيع [٥] .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ـ ٣٣٨ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٧ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٤٣٩/٣ .

(٣) راجع تعريف العقد بمدلوله العام ، ص : ٤٣ - ٤٦.

(٤) انظر : السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٠٧/١ ؛ **نهاية المحتاج** : ٢٨٢/٤ ؛ **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٧): ٦٤ ؛ **شرح منتهى الإرادات** : ٣٢٦/٢ .

(٥) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٤٠٤/٦-٤٠٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٤/٥ .

وعند المالكية ينتقل الملك للمشتري في البيع الفاسد إذا فات المبيع في يده ، ويجب عليه ضمانه ، إما بالمثل إن كان مثليا ، أو بالقيمة فيما لا مثل له [١] .

إذا علمت هذا فاعلم أنهم إنما أوجبوا الضمان في كل عقد فاسد إذا كان يجب الضمان في صحيحه ؛ لأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى .

وأما ما لا يجب الضمان في صحيحه فلا يجب في فاسده ؛ لأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضمانا [٢] .

فعقود الضمان كالبيع والإجارة والنكاح والطلاق بعوض والخلع والعارية والصلح والكفالة موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد ، وعقود الأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة والعارية ، وعقود التبرعات كالهبة والصدقة لا يجب الضمان فيها مع الصحة ولا مع الفساد عند التلف .

وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح ضمن في مثلها من الفاسد ، بل المراد من القاعدة استواء العقد الصحيح والفاسد في أصل الضمان ، لا في الضامن والمقدار ؛ لأنهما لا يستويان .

أما الضامن فإن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة ، فإن الأجرة تكون على الولي ، لا في مال الصبي ، بخلاف الإجارة الصحيحة فالأجرة في مال الصبي .

وأما في المقدار : فإن البيع الصحيح مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة أو المثل . والقرض الصحيح مضمون بالمثل مطلقا ، وفاسده بالمثل أو القيمة . والمساقاة الصحيحة مضمونة بالمسمى ، وفاسدها بأجرة المثل . وكذا القراض ، والإجارة ، والمسابقة ، والجعالة . والوطء في النكاح الصحيح مضمون بالمسمى ، وفي الفاسد بمهر المثل [٣].

---

(١) انظر : ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٧٢ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٤٥-١٤٦ ؛ الدردير / **الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه** : ٢/ ٣٥-٣٦.

(٢) انظر : السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٢٨٢/٤ .

(٣) انظر : ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٠٧/١ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٤ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٧) : ٦٥ — ٦٦ .

القول في ضمان النكاح هي إحدى الروايتين عن الإمام أحمد ، والظاهر أن الصحيح هو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد .

وقال ابن رجب : النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد [١] . ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساده منعقد ، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتَقَرُّره بالخلوة ، فلذلك لزم المهر المسمَّى فيه كالصحيح ، يوضحه أن ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد [٢].

ولهذه القاعدة مستثنيات ذكرها السيوطي وابن السبكي — رحمهما الله — [٣] ، وهي:

أما قولنا : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده يستثنى منه مسائل :

الأولى : إذا قال قارضتك على أن الربح كله لي ، فالصحيح أنه قراض فاسد . ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة على الصحيح وإن ربح ، وفي القراض الصحيح يستحق المسمَّى فصحيحها مضمون بخلاف فاسدها في هذه الصورة .

الثانية : إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له ، فالحكم كالقراض .

الثالثة : إذا ساقاه على وادي ليغرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه ويعهده مدة والثمرة بينهما ، فسد ، ولا أجر .

وكذا إذا ساقاه على وادٍ مغروس وقدَّر مدة ، لا يثمر فيها عادة .

الرابعة : إذا فسد عقد الذمة من غير الإمام ، لم يصح على الصحيح ، ولا جزية فيه على الذمي على الأصح .

الخامسة : لو عرض العين المستأجرة على المستأجر ، فامتنع من تسلمها إلى أن انقضت المدة ، استقرت الأجرة ، ولو كانت الإجارة فاسدة لم تستقر .

السادسة : استئجار المسلم للجهاد ، لا يصح ، ولا شيء .

السابعة : إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه ، وقلنا : لا يجوز ، فلا تستحق أجرة المثل ، في الأصح .

الثامنة :المسابقة إن صَحَّت ، فالعمل فيها مضمون ، وإن فسدت لا يُضْمَنُ في وجه .

التاسعة : النكاح الصحيح يوجب المهر ، بخلاف الفاسد .

---

(١) وهي المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كتب الخلاف . [انظر : **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٤٧) : ٦٥ — ٦٦] .

(٢) **القواعد في الفقه الإسلامي** (بتصرف) (ق : ٤٧) : ٦٥ — ٦٦ .

(٣) انظر : **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ — ٢٨٤ ، السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٠٧/١ .

وأما قولنا : كل عقد لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده يستثنى منه مسائل :

الأولى : الشركة الصحيحة ، لا يكون عمل كل من الشريكين في مال صاحبه مضمونا عليه ، وفي الفاسدة يكون مضمونا بأجرة المثل .

الثانية : لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة ، لكن إذا صدر الرهن ، والإجارة من الغاصب ، فَتلِفَتْ العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح ، وإن كان القرار على الغاصب [١].

الثالثة : المقبوض بالهبة الفاسدة يضمن في وجه ، كالبيع الفاسد ، مع أنه لا ضمان في صحيح الهبة .

الرابعة : ما صدر من السفيه والصبي مما لا يقتضي صحيحه الضمان ، فإنه يكون مضمونا على من قبضه منه ، مع فساده .

فصحيح الوديعة لا ضمان فيها على المودع ، ولو أخذها من صبي أو مجنون ضمن .

وقد ذكر البيجرمي [٢] ضابطا لهذه القاعدة يُخرج منها جميع المسائل المستثناة ، بقوله : " كل عين لا تعدِّي فيها وكانت مضمونةبعقد صحيح كانت مضمونة بفاسد ذلك العقد ، ومالا فلا " [٣] .

---

(١) انظر (حكم ضمان الأيدي القابضة من الغاصب) : ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٢٢/١ — ٣٢٣ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٩٣) : ٢٠٢ — ٢٠٨.

(٢) **سليمان محمد عمر الشافعي المعروف بالبيجرمي (١١٣١هـ — ١٢٢١هـ)** : فقيه ، ولد ببيجرم (من قرى الغربية بمصر) ، قدم إلى القاهرة وتعلم بالأزهر ودرس ، كف بصره ، وتوفي بمفطية بالقرب من بيجرم . من مصنفاته : (التجريد لنفع العبيد)وهو حاشية على شرح المنهج للقاضي زكريا ، (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) ، (حاشية على الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع) وكلاهما في فروع الفقه الشافعي .

[انظر : البغدادي / **هدية العارفين** : ٤٠٦/١ ؛ الزركلي / **الأعلام** : ١٣٣/٣ ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : ٢٧٥/٤] .

(٣) **حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب** : ٣٨٤/٢ — ٣٨٥ .

المطلب السادس ــ أسباب الفساد العامة ، والخاصة :

السبب العام :

إن السبب العام والأساسي في فساد العقد هو : " **مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية مُتمِّمة** " [١] .

بيان ذلك : أن هذا السبب العام يظهر في العقود بصور عديدة ، يُحدِّدها الفقهاء في كل عقد ، فتُعدُّ هي السبب المباشر في فساد العقد بسبب الخلل الذي أحدثته في وصف العقد .

ويرجع سبب فساد العقود إلى فقدان شرط من شروط صحة العقد التي يجب توفُّرها ليكون العقد صحيحاً ، وشروط الصحة كثيرة منها شروط عامة يجب توفُّرها في جميع العقود ، ويترتب على فقدان شرط منها فساد العقد ، ومنها شروط خاصة ببعض العقود دون بعض [٢] .

ومن ثَمَّ فإن الأسباب التي تجعل العقد فاسدا عند الحنفية هي :

أولاً ــ الجهالة .

ثانيا ــ الغرر .

ثالثا ــ الإكراه .

---

(١) الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٢/٦٨٨ .

(٢) ذلك أن فقهاء الحنفية يُقسِّمون الشروط في العقود إلى أربعة أقسام : شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم ، والمراد هنا شروط الصحة ــ كما سبق ــ ، قال ابن عابدين : أن الشرائط في البيع أربعة أنواع : شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم .

فالأول أربعة أنواع : الأول ــ في العاقد ، وهي : العقل والعدد . والثاني ــ في العقد ، وهي : موافقة الإيجاب للقبول ، وكونه بلفظ الماضي . والثالث ــ شرط مكانه وهو : اتحاد المجلس . والرابع في المعقود عليه ، وله ستة شروط هي : كونه موجوداً مالاً مُتقوِّماً مملوكاً في نفسه ، وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، وكونه مقدوراً على تسليمه . وأما الثاني : وهو شرائط النفاذ فاثنان : الملك أو الولاية ، وأن لا يكون في البيع حق لغير البائع . وأما الثالث : وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون ، منها عامة ومنها خاصة ، فالعامة لكل بيع شروط الانعقاد السابقة ؛ لأن مالا ينعقد لا يصح ، وعدم التوقيت ، ومعلومية المبيع ، ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة ، وخلوه عن شرط مفسد ، والرضا ، والفائدة . أما الشروط الخاصة فهي : معرفة الأجل في البيع المؤجل ثمنه والقبض في بيع المشترى المنقول ، وفي الدين ، وكون البدل مسمى في المبادلة القولية ، والخلو عن شبهة الربا ، ووجود شرائط السلم فيه ، والقبض في الصرف قبل الافتراق ، وعلم الثمن الأول في مرابحة وتولية وشركة ووضيعة . [**حاشية رد المحتار على الدر المختار** (بتصرف) : ٤/٥٠٤ ــ ٥٠٦ . وانظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/١٥٦ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٦/٢٤٨] .

رابعا ـــ الضرر الذي يصحب التسليم .

خامسا ـــ الشرط الفاسد .

سادسا ـــ الربا [1] .

وهذه الأسباب ذاتها تجعل العقد باطلا في المذاهب الأخرى على تفصيل فيما يتعلق بالإكراه .

وأما الأسباب الخاصة في فساد العقد فيرجع في معرفتها إلى شرائط الصحة الخاصة بكل عقد ، ولا سبيل لحصرها في هذا البحث ومنها على سبيل المثال اشتراط الشهود في عقد النكاح ، واشتراط التسليم في العقود العينية ، وعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتمليكات كالبيع والهبة والإبراء فإن التعليق يبطلها .

*****

---

(1) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٥٦/٥ وما بعدها ؛ السنهوري / **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** : ١٢٧/٤ .

يقول الدكتور السنهوري تحت عنوان ابتداع فكرة العقد الفاسد : " أن الفقه الحنفي أراد في الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسبابا لبطلان العقد ، فهو بتمييزه بين الأصل والوصف ، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشروط الفاسدة ، وعزلها عن أصل العقد ، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط . فميَّز بذلك بين ما عدَّه أصلا في العقد إذ جعل أيّ خلل فيه يصيب العقد بالبطلان ، وبين ما عدَّه وصفا فأنزله منزلة أقل شأنا من منزلة الأصل . وبذلك أضعف الأثر الذي يترتب على الغرر والربا والشروط الفاسدة تحت ستار العقد الفاسد " [**مصادر الحق في الفقه الإسلامي** : ٢٧٢/٤] .

الفصل الثالث
أقسام العقود من ناحية الصيغة

ويشتمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : العقد المنجز ، وحكمه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف العقد المنجز .

المطلب الثاني : حكم العقد المنجز .

المبحث الثاني : العقد المضاف ، وحكمه .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد المضاف .

المطلب الثاني : حكم العقد المضاف .

المطلب الثالث : علاقة الأجل بالعقد .

المطلب الرابع : أقسام العقود بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها .

المطلب الخامس : في الفروق .

المبحث الثالث : العقد المعلق ، وحكمه .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد المعلق.

المطلب الثاني : حكم العقد المعلق.

المطلب الثالث : شروط صحة التعليق .

المطلب الرابع : أقسام العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدم قبولها .

المطلب الخامس : في الفروق .

المطلب السادس : فائدة في ذكر كيفية ثبوت الأحكام في العقود .

تقديم :

إن صيغة العقد — وهي الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما كما تقدم — هي التي يوجد بها العقد بين المتعاقدين أو بين طرفي العقد . ولكن هل يتم بذلك العقد وتترتب أثاره عليه في الحال ، أم لا يفيدها إلا في زمن يتحدد بين العاقدين ويرضيانه، أم لا يفيدها لأنه عُلِّق على شرط قد يتحقق وقد لا يتحقق ؟

إن صيغة العقد إما أن تكون مطلقة من كل قيد وشرط ، وإما أن تكون مضافة إلى زمن مستقبل ، وإما أن تكون معلَّقة على شرط ، ولكل حالة من هذه الحالات حكم يخصه

وبناء على ذلك فينقسم العقد حسب صيغته إلى ثلاثة أقسام :

الأول — العقد المنجز .

الثاني — العقد المضاف .

الثالث — العقد المعلق .

وبيان كل قسم من هذه الأقسام على النحو التالي في مباحث ثلاثة .

المبحث الأول ــ العقد المنجز ، وحكمه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول ــ تعريف العقد المنجز .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف التنجيز لغة واصطلاحا .

التنجيز في اللغة يأتي لعدة معان منها :

أ ــ الفناء والذهاب ، يُقال : نَجَز الشيء ونَجِز إذا فَنِي وذهب فهو ناجز .

ب ــ الانقطاع ، يُقال : نجَز ونجِز الكلام ، إذا انقطع .

جــ ــ الحضور والتعجيل ، يُقال : نَجَزَ الْوَعْدَ نَجْزاً ، تَعَجَّلَ . وقال سيبويه : وقالوا أبيعُكَهُ الساعة ناجزاً بناجز ، أي مُعَجَّلاً . وشيء نَاجِزٌ ، أي حَاضِرٌ . ومنه بِعْتُهُ نَاجِزاً بناجز ، أي يَداً بيد .

د ــ قضاء الحاجة ، يُقال : استَنْجَزَ حَاجَتَهُ وتَنَجَّزَهَا ، طلب قَضَاءهـا ممن وَعَدَهُ إيَّاهَا [1].

وفي اصطلاح الفقهاء يستعمل التنجيز في الحضور والتعجيل [2].

الفرع الثاني : تعريف العقد المنجز .

العقد المنجز هو : ما صدر على وجه تترتب آثاره عليه في الحال ، إن كان العقد مما لا يحتاج في تمامه لقبض المعقود عليه [3].

قولنا : (**ما صدر على وجه تترتب آثاره عليه في الحال**) : وذلك بأن تكون صيغته كافية لتترتب آثاره عليه في الحال ، بأن تكون غير معلقة على شرط ، ولا مضافة إلى زمن مستقبل ، كعقد البيع ، فإنه يترتب عليه أثره من انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وملكية

---

(١) انظر : (م: نجز) : ابن منظور / **لسان العرب** : ٤١٣/٥ ؛ الفيروز آبادي / **القاموس المحيط** : ١٩٣/٢ ؛ الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٢٦ .

(٢) انظر : النسفي / **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية** : ١٢٣ ؛ الركبي / **النظم المستعذب في شرح غريب المهذب** : ٩٣/٢ .

(٣) انظر : الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٢٢٠ .

الثمن للبائع بمجرد صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين متى كان العقد مستوفيا أركانه وشروطه .

قولنا : (**إن كان العقد مما لا يحتاج في تمامه لقبض المعقود عليه**) : وذلك لإخراج العقود العينية كالهبة والقرض والعارية والرهن ، والتي لا يكتفى بالصيغة لتترتب آثارها عليها بل لابد من قبض المعقود عليه ليكون العقد تاما مفيداً لأحكامه ملزماً لآثاره على خلاف وتفصيل يأتي بيانه [١].

المطلب الثاني — حكم العقد المنجز .

العقد المنجز تترتب آثاره عليه في الحال ما دام صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه .

وهل الأصل في العقود التنجيز أم الإضافة والتعليق ؟

الأصل في العقود عند جمهور الفقهاء أن تكون منجزة ، أي أن آثارها تترتب عليها في الحال بمجرد انعقادها ما دام العقد مستوفيا لأركانه وشروطه ، وخاصة عقود التمليكات [٢]، لاستقرار المعاملات وكذلك النكاح ، ويستثنى من الأصل السابق عقد الوصية فإنه لا يكون إلا مضافا إلى الموت ؛ لأن التمليك في الوصية موضوعه مال الموصي بعد موته ، وكذلك الإيصاء فإنه إثبات التصرف بعد الموت للغير فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم [٣] .

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

---

(١) انظر تفصيل القول في العقود العينية وأقسامها في الفصل الثامن من هذا البحث .

(٢) عقود التمليكات هي : ما يقصد بها تمليك العين أو المنفعة ، بعوض أو بغير عوض. [انظر : الخفيف / **الأموال ونظرية العقد** : ٤٦٣] .

(٣) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٠٤/٦ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٥٢/٢ — ٢٥٣ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٣١٠/٢ ؛ الشرقاوي / **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب** : ٤/٢ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٤٦/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٤٤/٦ ، ٥٩٨ ؛ النسفي / **طلبة الطلبة** : ٢٤٢.

المبحث الثاني ـــ العقد المضاف ، وحكمه :

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول ـــ تعريف العقد المضاف .

وفيه فرعان :

الفرع الأول . تعريف الإضافة لغة واصطلاحا .

الإضافة لغة : الضم والإمالة ومطلق الإسناد ، وهي الأمر المعنوي [١] .

ولا تخرج الإضافة في اصطلاح الفقهاء عن معانيها اللغوية السابقة ، فهي تأتي بمعنى الإسناد ، والنسبة ، وضم الشيء إلى الشيء .

فإذا قيل الحكم مضاف إلى فلان ، أو صفته كذا كان إسنادا إليه . وإذا قيل الحكم مضاف إلى زمان كذا كان تخصيصا [٢].

---

(١) انظر : الفيومي / **المصباح المنير** (م : ضيف) : ١٣٩ ؛ ابن منظور / **لسان العرب** : ٢٠٨/٩ وما بعدها .

(٢) يرى بعض الفقهاء المعاصرين أن الإضافة في العقود نوعان :

الأول : الإضافة إلى الوقت ، وهذا النوع من الإضافة هو المراد عند إطلاق الفقهاء لفظ العقد المضاف ، وهو موضوع هذا المبحث .

الثاني : الإضافة إلى الشخص ، والمراد بها : أن ينسب حكم التصرف إلى شخص معلوم ، أي أن يضيف مباشر التصرف ذلك التصرف إلى غيره .

وقد تكون الإضافة بإذن من له الحق في مباشرة التصرف ، أو بغير إذنه .

أما الأول فمثاله عقد الوكالة ، فإنه يصح ، فمن وكل غيره في بيع أو طلاق أو إيصال هبة أو وديعة فإن الوكيل يقوم مقام الموكل فيما وُكل به ، وتصرفات الوكيل معتبرة .

وأما الثاني فله حالتان : الأولى أن يكون التصرف لا يفتقر إلى إذنه ، فإنه يصح ، ومثاله : تصرف الوصي في شأن الموصى عليهم ، فالوصي لا يحتاج في تصرفاته إلى إذن الموصى عليهم ، لأنهم تحت وصايته ، فتصرفاته تنفذ عليهم عملا بكلام الموصي .

ومنها : الولاية ، فإن تصرفات الولي تنفذ على من له الولاية عليهم ولا يفتقر إلى إذنهم .

الحالة الثانية : أن يكون التصرف يفتقر إلى إذن الغير ، ومثاله عقد الفضولي ، فهو تصرف بلا إذن ولا وصاية ولا ولاية ولا قوامة . وفي صحة عقد الفضولي خلاف بين الفقهاء ينظر في مظانه حيث لا تسمح طبيعة البحث بالخوض فيه .

وهذا النوع من الإضافة يخرج عن نطاق هذا المبحث ؛ لأن الفقهاء عند إطلاقهم لفظ العقد المضاف فإن مرادهم بالإضافة فيه تأخر ثبوت آثار العقد إلى الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب كما يتضح لنا من خلال هذا المبحث . [انظر هذا التقسيم : **الموسوعة الفقهية** : ٦٨/٥ . وانظر من هذا البحث ، ص : ٢١٦]

قال الجرجاني [1] معرفا الإضافة : هي حالة نسبية متكررة ، بحيث لا تعقل إحداهما إلا مع الأخرى ، وهي النسبة العارضة للشيء بالقياس إلى نسبة أخرى ، وهي امتزاج اسمين على وجه يفيد تعريفاً أو تخصيصاً [2] .

الفرع الثاني . تعريف العقد المضاف .

العقد المضاف هو : ما صدر بصيغة تفيد تأخير الآثار المترتبة على العقد إلى الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب أو العقد [3].

فصيغة العقد المضاف تفيد وجود العقد في الحال وتأخُّر أحكامه إلى المستقبل ، ومثاله في عقد الإجارة قول المالك : أجَّرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم . فبقبول المستأجر يكون قد استأجر المسكن اليوم ، ولكن لا تبدأ الإجارة فعلاً إلا من مطلع الشهر حسب ما تعاقدا عليه .

وكذلك المسافر يستأجر مكانه في القطار أو الباخرة أو الطائرة قبل سفره بمدة قد تطول وقد تقصر .

المطلب الثاني ـ حكم العقد المضاف .

العقد المضاف إلى زمن مستقبل ينعقد في الحال ، إلا أن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه ، أي أنه يؤخر حكمه إلى مجيء الزمان الذي أضيف إليه .

---

(1) **علي بن محمد بن علي الحسيني الحنفي ، المعروف بالشريف الجُرْجَاني (٧٤٠ ــ ٨١٦هـ)** : أبو الحسن ، فيلسوف ، من كبار العلماء بالعربية ، مشارك في أنواع من العلوم ، فريد عصره ، سلطان العلماء العاملين ، افتخار أعاظم المفسرين ، ولد في تاكو (قرب استرباد) ودرس في شيراز ، ولما دخلها تيمور سنة ٧٨٩هـ فر الجرجاني إلى سمر قند ثم عاد إلى شيراز بعد موت تيمور فأقام إلى أن توفي .

له نحو خمسين مصنفا ، منها : (التعريفات) ، و (شرح مواقف الإيجي) ، و(شرح السراجية) في الفرائض و (رسالة في فن أصول الحديث) .

[انظر : اللكنوي / **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** : (١٢٥ ــ ١٣٤) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٧/٥) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٢١٦/٧)] .

(2) **التعريفات** : ٤٥ .

(3) انظر : أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ١٢٩/١ ؛ الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٢٢١ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٥٠٧/١ .

وهذا النوع من العقود صحيح ، وهي أسباب لأحكامها وآثارها التي تكون في الوقت المحدد برضا المتعاقدين [١] .

المطلب الثالث ـ علاقة الأجل بالعقد .

ينقسم العقد من حيث اقترانه بالأجل إلى قسمين [٢] :

أحدهما : العقد المضاف ، فالعقد المضاف إلى زمن مستقبل هو أحد نوعي العقد المقترن بأجل .

و **الثاني** : العقد الموقت [٣]، وهو : العقد الذي يتم بمقتضاه تحديد أجل استيفاء الحق حال التعاقد .

والمراد بقولنا (**أجل استيفاء الحق**) : الفترة الزمنية التي يستمر فيها تنفيذ الالتزام الناتج عن العقد لاستيفاء الحق ، وبانقضائها ينتهي العقد .

بيانه : أن العقد الموقت ينعقد في الحال ويترتب عليه آثره في الحال ، إلا أنه ينتهي بحلول أجل معين فإذا انقضى أجله انتهى بذلك العقد وعاد الحق إلى صاحبه ، كعقد الإجارة ، فإنها لا تصح إلا على مدة معلومة ، أو على عمل معين يتم في زمن ، وينتهي عقد الإجارة بانتهائها .

فرع . في ذكر قاعدة العقد المؤقت :

قاعدة هذا القسم كما صرح بها فقهاء الشافعية [٤] هي كما يلي :

١ـ كل عقد كانت المدة ركنا فيه لا يكون إلا مؤقتا ، كالإجارة فلا خلاف بين

---

(١) انظر : أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ١٢٩/١ .

(٢) انظر : محمصاني / **النظرية العامة للموجبات والعقود** : ٢١٧/٢ .

(٣) التوقيت لغة : تقدير زمن الشيء .
واصطلاحا : ثبوت الشيء في الحال وانتهاؤه في وقت معين [انظر (م : وقت) : الفيومي / **المصباح المنير** : ٢٥٦ ؛ التهانوي / **كشاف اصطلاحات الفنون** : ٨٣/١ ؛ الكفوي / **الكليات** : ١٠٣/٢] .

(٤) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٢ ــ ٢٨٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢٤٠/١ .

الفقهاء في أن الإجارة لا تصح إلا مؤقتة بمدة معينة ، أو بوقوعها على عمل معين معلوم [١] ، وكذلك المزارعة عند جمهور الحنفية ، والشافعية ، خلافا لمحمد بن الحسن والمالكية والحنابلة فيجوز عقد المزارعة بلا بيان مدة ويقع على أول زرع يخرج [٢] ، والمساقاة عند المالكية والشافعية خلافا للحنفية والحنابلة فلا يشترط لصحة المساقاة التأقيت [٣].

٢ــ كل عقد لا تكون المدة ركنا فيه ، لا يكون إلا مطلقا ، وقد يعرض له التأقيت حيث لا ينافيه ، كالعارية [٤] ، والوكالة [٥] .

٣ــ ما لا يقبل التأقيت من العقود متى أُقّت بطل ، كالبيع ، والنكاح وغيرها [٦] .

والحاصل من خلال نصوص أئمة المذاهب الأخرى موافقة الشافعية في أصل هذه القاعدة مع ملاحظة اختلاف الآراء المذهبية في بعض الفروع .

---

(١) انظر : الدردير/ **الشرح الكبير** : ١٢/٤ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٥/ ١٩٢ ــ ١٩٦ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٢/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٨/٦ ــ ٩ ، ١٢ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٨/٦ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٨٠/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٧٢/٣ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ١٢٣/٣ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٢/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣٢٣/٢ ــ ٣٢٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٥٣٧/٣ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٨٦/٦ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٨٧/٢ــ ١٨٨ ؛ الدردير / **الشرح الصغير** : ٢٣٩/٢ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ١٥٦/٥ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٢/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٥٣٧/٣ ، ٥٣٨ .

(٤) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م: ٨١٦) : ٣١٢/٦ ، (م : ٨١٧) : ٣١٥/٦ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٤٣٩/٣ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ٢٤٥ ــ ٢٤٦ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٧٠/٢ ــ ٢٧١ ؛ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٩٢/٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٢٩٣) : ٤٠٧ .

(٥) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٤٥٦) : ٥٣٤/١١ ــ ٥٣٥ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٨١/٣ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢٢٣/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٠٠/٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م : ١٢٠٤) : ٣٨٧ .

(٦) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٣٣/٥ ، ١١٨/٦؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٤٠ ؛ السيوطي/ **الأشباه والنظائر** : ٢٨٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٧٣/٧ .

المطلب الرابع — أقسام العقود بالنسبة لقبولها الإضافة أو عدم قبولها .

من العقود ما يصح إضافته إلى الزمن المستقبل ، ومنها ما لا يصح إضافتها إليه ، وهناك طائفة ثالثة من العقود يصح أن تكون مضافة ومنجزة . فالعقود باعتبار قبولها الإضافة وعدمه تنقسم إلى ثلاثة أقسام ، وإليك بيان هذه العقود وما يناسبها من الأحكام .

١ — عقود لا تكون إلا مضافة بطبيعتها ، وهي العقود التي تأبى طبيعتها التنجيز ، فلا تنعقد إلا بالإضافة سواء أكانت صيغة العقد تشمل على الإضافة أم لا .

ومنها : الوصية فإنه لا يظهر أثرها إلا بعد وفاة الموصي ؛ لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ، فكان وقت ثبوت حكمها هو بعد وفاة الموصي وقبل ذلك لا يترتَّب عليها أثرها ، وكذلك الايصاء [(١)].

٢ — عقود لا تقبل الإضافة ، وهي العقود التي تفيد تمليك الأعيان في الحال مثل البيع وإجازته ، وفسخه ، والقسمة والشركة ، والهبة ، والنكاح ، والرجعة ، والصلح عن مال ، والإبراء من الدين ؛ لأنها تمليكات للحال والأصل فيها أن يتصل الحكم بصيغتها ، فلا تضاف للاستقبال ، لما فيه من القمار .

وهذا مذهب جمهور الفقهاء [(٢)] .

وذهب المُحقّقون من الحنابلة إلى جواز الإضافة في جميع العقود ، إلا ما ورد النهي الشرعي عن إضافتها إلى المستقبل ؛ لأن الأصل في العقود والشروط الصِحَّة حتى يقوم دليل على التحريم ، ولأن العقود شُرِعت لمصلحة الناس ، ومادام كذلك فلهم أن يُنشئوا العقود

---

(١) وهذا هو المستفاد من تعريف الوصية اصطلاحا .
انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٢٥٦/٥ ، ٦٤٨/٦ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٣١٠/٢ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٥٢/٢ ؛ المنهاجي / **جواهر العقود** : ٤٤٦/١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٤٤/٦ ، ٥٩٨ ؛ النسفي / **طلبة الطلبة** : ٢٤٢.

(٢) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٢٥٦/٥ — ٢٥٧ ؛ ابن قاض سماوه /**جامع الفصولين** : ٧/٢ ؛ الآبي/ **جواهر الإكليل** : ١٠٢/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٣٩/٢ ، ٤٢٠ ؛ **الشرح الصغير وحاشية بلغة السالك عليه** : ٧٨/٢ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٣٠٦/٢ ، ٣٣٢ ، ٣/٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٩٥/٣ ، ٤٠/٥ ، ٣٤٣ ؛ الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٢٢٨ .

مضافة مادام ذلك يحقق مصلحتهم ، إلا إذا ورد نص من الشارع بالنهي عن ذلك في بعض العقود ، فتكون غير جائزة [1].

٣ـ عقود تصح أن تكون مضافة إلى المستقبل ، وتصح أن تكون منجزة ، حسب صيغة المتعاقد ورغبته . وهذه العقود هي :

أ ـ عقود تمليك المنافع المالية ، كالإجارة والعارية والمزارعة والمساقاة والمضاربة ؛ لأن التمليك في هذه العقود لا يكون في الحال ، وإنما الزمن عنصر أساسي فيها ، فهي عقود على المنافع والمنفعة لا توجد دفعة واحدة وإنما توجد شيئا فشيئا ، فناسبت طبيعتها أن تقبل الإضافة .

ب ـ ومنها : الالتزامات كالكفالة والحوالة ، فإنّ كلا منها لا تفيد أثرها في الحال وإنما يظهر أثرها حين دفع المدين الدين .

ج ـ ومنها : عقود الإطلاقات ، كالوكالة والقضاء فيصح أن تكون منجزة ويصح أن تكون مضافة .

د ـ ومنها : أيضا عقود الإسقاطات [2]، كالطلاق والعتاق والوقف والخلع من قبل الزوج نفسه دون الزوجة ، فهذه يصح أن تكون مضافة ويصح أن تكون منجزة [3] .

وخلاصة القول في ذلك ، أن الإضافة تصح فيما لا يمكن تمليكه للحال ، وفيما كان من الإطلاقات والإسقاطات والالتزامات والولايات ، ولا تصح في كل ما أمكن تمليكه للحال [4].

---

(١) انظر : **إعلام الموقعين** : ٣٤٤/١ ، ٣٤٨ ـ ٣٤٩ .

(٢) عقود الإسقاطات هي : ما يقصد بها إزالة حق من الحقوق ، سواء ببدل ، أم بدون بدل . [انظر : موسى / **الأموال ونظرية العقد** : ٤٦٤ ؛ بدران / **الشريعة الإسلامية** : ٤٩١] .

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥/ ٢٥٦ ؛ ابن قاض سماوه / **جامع الفصوليين** : ٧/٢ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٤٥٦) : ٣٤/١١ ؛ حيدر / **درر الحكام** : ٥٣٥/١١ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي**: ٩/٦ ؛ الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٢٢٧ ـ ٢٢٨ .

(٤) انظر : ابن عابدين / **رد المحتار على الدر المختار** : ٢٥٧/٥ .

المطلب الخامس — في الفروق .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول . أوجه الشبه والفرق بين العقد المضاف والعقد الموقوف [١]:

إن بين العقود المضافة والعقود الموقوفة شبها وفرقا .

أما وجه الشبه بينهما فهو : أن كلا منهما يوجد عند وجود الصيغة ويتراخى الحكم عن الصيغة في كلٍ منهما [٢].

وأما الفرق فمن ثلاثة أوجه ، نُبيِّنها من خلال الجدول التالي :

العقد المضاف	العقد الموقوف
الأول : إن تأخّر ترتب الحكم عن الصيغة في العقد المضاف ، نشأ من الصيغة نفسها ؛ لأن الإيجاب فيها مضاف إلى زمن مستقبل .	— أما تأخر ترتب الحكم في العقد الموقوف فمرجعه إلى صدوره ممن لا ولاية له .
الثاني[٣] : الحكم في العقد المضاف لا يثبت إلا عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الحكم .	— أما في العقد الموقوف فالحكم ينفذ بعد الإجازة ممن له الولاية مستندا إلى وقت صدور العقد .
الثالث : العقد المضاف مادام صحيحا فإنه يترتب عليه أثره في الوقت الذي أضيف إليه .	— أما العقد الموقوف فهو متردّد بين النفاذ وعدمه ، فينفذ بعد الإجازة ممن له الولاية مستندا إلى وقت صدور العقد ويرد عند عدم الإجازة ممن له الولاية .

---

(١) راجع ما تقدم في تعريف العقد الموقوف وحكمه ، وكذا العقد المضاف وحكمه ، ص : ١٦٨-١٧٠ ، ٢١٦.

(٢) انظر : البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٣٢/٢ — ١٣٣ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٣٣/٢

(٣) انظر : البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٣٣/٢ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٣٢/٢ — ١٣٣

الفرع الثاني . الفرق بين العقد الموقّت والمضاف :

إن العقد الموقّت يثبت حكمه في الحال وينتهي في وقت معين كما سبق ، بخلاف العقد المضاف فإنّ حكمه لا يثبت إلا بمجيء الوقت الذي أضيف إليه ، فالإضافة تؤخر ترتب الحكم على السبب إلى الوقت الذي أضيف إليه السبب .

الفرع الثالث . الفرق بين العقد المؤقّت والمنجز :

إن العقد المؤقت بمنزلة المنجز من حيث إن حكمه يترتب عليه حال انعقاده ، إلا أنه ينتهي في وقت مُعيَّن خلافا للعقد المنجز فليس له وقت مُعيَّن ينتهي إليه ، وتبقى آثاره التي تمت قبل حلول الأجل صحيحة ومعتبرة .

* * * * *

المبحث الثالث ـ العقد المُعلَّق ، وحكمه .

وفيه ستة مطالب :

المطلب الأول ـ تعريف العقد المُعلَّق .

أولا . التعليق في اللغة :

يُقال : علّق الشيء بالشيء ، وعليه تعليقاً ، ناطه به [1].

ثانيا . التعليق في اصطلاح الفقهاء .

التعليق في اصطلاح الفقهاء هو " ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى " [2].

شرح التعريف :

ـ قولهم (**ربط**) : المراد به الربط المعنوي .

ـ قولهم (**حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى**) : المراد بالجملة الأولى جملة الجزاء ، وبالثانية جملة الشرط ، وبالمضمون ما تضمنته الجملة من المعنى ، فهو مثل قولك : إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ، ربط حصول طلاقها بحصول دخولها الدار وإلا فلا [3].

وهذا التعريف يشمل العقد المعلق وغيره من التصرفات .

ويمكن تعريف العقد المعلق بأنه : ما رتب وجوده على وجود شيء آخر محتمل الوجود في الاستقبال .

ومثاله : قول إنسان لآخر إذا سافر وكيلي فلان فأنت وكيلي بدلا عنه . ففي هذه الحالة لا يكون ذلك الشخص وكيلا إلا إذا سافر الوكيل الأول . ففي المثال المذكور قد رتب المتكلم الوكالة للثاني على سفر الوكيل الأول .

وإذا فالعقد المُعلّق عكس المنجز الذي تترتّب عليه آثاره حال انعقاده ، فالنسبة بينهما التضاد .

---

(١) انظر (م : علق): ابن منظور / **لسان العرب** : (٢٦١/١٠) .

(٢) الحصكفي / **الدر المختار** : ٣٤١/٣ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٧ ؛ الكفوي / **الكليات** : ٥/٢ .

(٣) ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** (بتصرف) : ٣٤١/٣ .

المطلب الثاني ــ حكم العقد المُعلَّق .

العقد المُعلَّق بالشرط كالعقد المنجز عند وجود الشرط الذي عُلِّق عليه وإنما يُعرف الشرط بصيغته أو بدلالته ، كقول زيد لعمرو : إن أقرضت محمد فأنا كفيله ، ففي هذه الحالة لا يكون زيد كفيلا لمحمد إلا إذا أقرضه عمرو ؛ لأن العقد المُعلَّق على شرط لا يوجد إلا بوجود الشرط الذي عُلِّق عليه [١] .

واختلف العلماء هل التعليق بالشرط مانع من الانعقاد فلا ينعقد المعلق سببا للحكم إلا عند وجود الشرط ، أم أنه مؤخّر لحكم العقد إلى زمان وجود الشرط [٢]، على قولين :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن التعليق بالشرط يمنع من الانعقاد ، فلا ينعقد المُعلَّق سببا للحكم إلا عند وجود الشرط ؛ لأن " تأثير التعليق في منع السبب من الانعقاد لا في حكمه فكان امتناع الحكم لعدم سببه لا لمنع التعليق إياه قصداً " [٣] ، ولهم في بيان ذلك طريقان :

أحدهما : أن المُعلَّق قبل وجود الشرط الذي علّق عليه بمنزلة جزء السبب ، بيانه أن الشرط والجزاء كلام واحد ، فإن من قال لامرأته : إنْ دخلتِ الدار فأنتِ طالق ، فالمشروط وهو قولنا : أنتِ طالق ، إذا أُخذ مجرداً عن الشرط وهو ((إن دخلتِ الدار)) ، فهو بمنزلة أنتِ في أنتِ طالق ؛ لأنه ليس بكلام بل مجموع الشرط والجزاء كلام واحد ، ولأن جزء السبب ليس بسبب [٤].

الثاني : " أن التعليق مانع للمعلّق من الوصول إلى المحل والأسباب الشرعية لا تصير أسبابا قبل الوصول إلى المحل ؛ لأنها عبارة عما يكون طريقا إلى الشيء ومفضيا إليه ، فكما لا يكون شطر البيع علّة للبيع لعدم التملُّك ،كذلك بيع الحر لعدم الوصول إلى المحل " [٥] .

---

(١) انظر : منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ٤٠٦/٢ ؛ البدخشي / **شرح البدخشي** : ٤٣٣/١ ؛ الخبازي / **المغني في أصول الفقه** : ٣٤٦ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م: ٨٢) : ٧٢/١ .

(٢) انظر : منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ١٦٠/٢ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٢٩/٢ .

(٣) البخاري / **كشف الأسرار** : ٥٠٢/٢ . وانظر :ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٥٥/٢ ؛ الأزميري / **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : ١٥٧/٢ .

(٤) انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١/ ١٤٧ ؛ البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٤٦/١

(٥) التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٤٧/١ . وانظر : منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ١٥٧/٢ .

فقد علق طلاقها بشرط دخولها الدار ، وقصد التطليق عند وجود الشرط لا في الحال ، فلم يكن السبب موجوداً قبل وجود الشرط ، ذلك أنه جعل قوله : أنتِ طالق جزاء دخولها الدار والجزاء عند أهل اللغة يتعلّق وجوده بوجود الشرط . وحاصل القول أنه لما جعل التطليق جزاء دخول الدار كان التطليق معدوما قبل وجود الشرط ، فيكون عدم الحكم بناء على العدم الأصلي الذي كان قبل التعليق لا على عدم الشرط [١].

القول الثاني : ذهب الشافعية إلى أن التعليق بالشرط غير مانع من الانعقاد ، وإنما أثره تأخير ثبوت الحكم إلى وقت وجود الشرط الذي عُلّق عليه فكان عدم وجود الحكم مضافا إلى عدم وجود الشرط ، فالتعليق مؤثر في الحكم دون السبب .

وإذا فالتعليق بالشرط قيد الحكم بتقدير مُعيَّن وأعدم الحكم على غيره من التقادير ففي قول الرجل لامرأته : إنْ دخلتِ الدار فأنتِ طالق أو أنتِ طالق إن دخلتِ الدار . فتعليق طلاقها على دخول الدار غير مؤثر في الطلاق ، وإنما في حكمه بمنعه من الثبوت في الحال ، فإنه لولا التعليق لكان الحكم ثابتا في الحال . فقوله : أنتِ طالق ثابت مع الشرط وبدونه وهو علّة تامة بنفسه ، إلا أنه سببا للحكم ، وتأثير التعليق في تأخير الحكم لا في منع السببية ، فلا يثبت حكمه لوجود الشرط المعلق عليه [٢].

وإذا فأثر التعليق في منع الحكم دون السبب ، بمنزلة التأجيل والإضافة وبمنزلة شرط الخيار في البيع ، " فالبيع بشرط الخيار ، ينعقد سببا لنقل الملك في الحال ، وإنما يظهر تأثير الشرط في تأثير [تأخير] حكم السبب ، وهو اللزوم الذي لولا دخول الشرط لثبت " [٣] .

فالتعلق بالشرط مُغيِّر للحكم بعد وجود سببه فكان مانعا من ثبوت الحكم قبل وجود الشرط مع وجود الموجب كما كان مثبتا وجود الحكم عند وجود الشرط [٤].

---

(١) انظر : البخاري/**كشف الأسرار** : ٢/ ٤٩٩ ، ٥٠٢ .

(٢) انظر : البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٤٦/١ ؛ التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٤٦/١ ؛ البخاري / **كشف الأسرار** : ٤٩٩/٢ ـ ٥٠٠ ؛منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ١٥٨/٢ ـ ١٥٩ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧/٢ .

(٣) ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٣/٢ .

(٤) البخاري / **كشف الأسرار** (بتصرف) : ٤٩٩/٢ ـ ٥٠٠ .

المناقشة :

أولا . مناقشة الحنفية :

ناقش الشافعية الحنفية فيما استدلوا به على صحة مذهبهم بأن التعليق بالشرط يمنع من الانعقاد ، فلا ينعقد المُعلّق سببا للحكم إلا عند وجود الشرط ، بما يلي :

أعترض على قولهم : إن المعلّق قبل وجود الشرط الذي عُلّق عليه بمنزلة جزء السبب ، وجزء السبب لا يكون سببا ، بأن الإضافة أيضا ينبغي أن تكون مانعة لما ذكرتم مثل : أنتِ طالق غدا .

وأُجيب : بأن التعليق يمين وهي لتحقيق البر وفيه إعدام لموجب المعلق لا وجوده ، فلا يكون المُعلّق مفضيا إلى وجود الحكم ، فكان مانعا له . بخلاف الإضافة فإنها لثبوت الحكم بالإيجاب في وقته لا لمنع الحكم ، فيتحقّق السبب لوجوده حقيقة من غير مانع إذ الزمان من لوازم الوقوع ، فيكون ذكر لفظ الغد في ((أنتِ طالق غدا)) مثلا لتعيين زمان الوقوع لا لمنعه [١].

أما قولهم : " إن التعليق مانع للمعلّق من الوصول إلى المحل والأسباب الشرعية لا تصير أسبابا قبل الوصول إلى المحل ؛ لأنها عبارة عما يكون طريقا إلى الشيء ومفضيا إليه ، فكما لا يكون شطر البيع علة للبيع لعدم التملُّك كذلك بيع الحر لعدم الوصول إلى المحل " ، فيعترض عليه : بأنه " لما لم يصل إلى المحل كان ينبغي أن يلغو كما إذا قال لأجنبية : أنتِ طالق" [٢].

وأُجيب : بأنه لما كان مرجوّ الوصول بوجود الشرط وانحلال التعليق جعل كلاماً صحيحا له عرضية أن يصير سببا كشطر البيع ، فلو عُلّق على شرط لا يُرجى الوقوف على وجوده لغا مثل : أنتِ طالق إن شاء الله [٣].

---

(١) انظر : التفتازاني / **التلويح على التوضيح** : ١٤٧/١ ؛ منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ١٥٩/٢ ، ٤١٦ ؛ الأزميري / **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : ١٦٠/٢ .

(٢) التفتازاني / **التلويح على التوضيح**: ١/ ١٤٧ — ١٤٨ . وانظر : منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ٤١٦/٢ .

(٣) التفتازاني / **التلويح على التوضيح** (بتصرف) : ١/ ١٤٨ . وانظر : منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ١٥٧/٢ — ١٥٨ ، ٤١٦ .

ثانيا ـ مناقشة الشافعية :

ناقش الحنفية الشافعية فيما استدلوا به على صحَّة مذهبهم من أن التعليق بالشرط غير مانع من الانعقاد ، وإنما أثره تأخير ثبوت الحكم إلى وقت وجود الشرط الذي عُلِّق عليه ، بما يلي :

أما قياسهم تعليق الطلاق بدخول الدار على شرط الخيار في البيع ، بأن قوله : أنت طالق ثابت مع الشرط وبدونه وهو علَّة تامة بنفسه ، فلا وجه لجعله معدوماً بالتعليق فيتأخَّر حكمه وهو وقوع الطلاق لوجود الشرط المعلَّق عليه ،كشرط الخيار في البيع فإنه يدخل على الحكم وهو لزوم العقد دون السبب وهو انتقال الملك ، فيوجب نفي الحكم قبل وجود الشرط .

فالجواب عنه من وجهين :

الأول : نحن لا نجعل قوله : ((أنتِ طالق)) معدوماً بل نجعل التعليق مانعا من وصول الحكم إلى المحل ، وعدم وصوله للمحل مانعاً من انعقاده علَّة ؛ لأن العلَّة الشرعية لا تصير علَّة قبل وصولها إلى محلها كما لا يصير علَّة قبل تمامها . ألا ترى أن شطر البيع كما لا يكون علَّة لعدم تمام الركن لا يكون بيع الحر سببا أيضا لعدم إضافته إلى المحل ؟

وكما لا يكون قوله : ((أنتِ)) سببا للطلاق قبل قوله ((طالق)) فكذلك إذا أضيف قوله : أنت طالق إلى ميتة أو بهيمة أو أجنبية لا يكون سببا ؛ لعدم المحل . فدخول التعليق على قوله : أنتِ طالق منعه من الوصول إلى المحل كالقنديل المعلق لا يكون واصلا إلى الأرض [1].

الثاني : أن " الاتصال الشرعي يعرف تأثيره و لم يثبت شيء من أحكام الطلاق فكيف يكون واصلا "[2].

الترجيح :

لقد تأملت هذه المسألة وأعملت فيها فكري فلم انته إلى تحديد القول الراجح فيها ، فهو أمر يصعب تقريره وخاصة أن هذه المسألة أصل عظيم في الخلافيات ، ينبني عليها كثير

---

(١) انظر : البخاري / **كشف الأسرار** : ٥٠٣/٢ ؛الأزميري / **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : ١٥٨/٢

(٢) البخاري / **كشف الأسرار** : ٥٠٣/٢ .

من المسائل المهمة ويختلف الترجيح في هذه المسائل بناء على الأدلة ، لذا آثرت التوقف في أصل الخلاف .

ثمرة الخلاف :

تظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية ، والشافعية في حكم التعليق بالشرط هل هو مانع من الانعقاد أو مُؤخِّر لحكم العقد إلى زمان وجود الشرط في مسائل .

منها : تعليق الطلاق والعتق بالملك ، ومن صورها من قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنتِ طالق ، أو قال لها : إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ، أو قال : إن اشتريتُ عبداً فهو حر، أو قال لعبد الغير : إن ملكتك أو اشتريتك فأنت حر .

فيجوز عند الحنفية تعليق الطلاق والعتق بالملك ، وكذلك كل التصرفات الشرعية التي تقبل التعليق يصح تعليقها بالملك ، كالنكاح والخلع والرهن ونحوها ؛ لأن الملك مُتحقِّق في المحل عند وجود السبب [1] . وأبطل الشافعي — رحمه الله — تعليق الطلاق والعتق بالملك ، فلو قال لأجنبية : إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ، لا تُطلَّق وإن دخلت وهي زوجة ؛ لأن التطليق المعلَّق سبب وقوع الطلاق ، والتعليق أثره في تأخير حكمه إلى وجود الشرط الذي عُلِّق عليه ، فلما انتفى وجود الملك في المحل عند وجود السبب ، بطل التعليق ؛ لأن وجود الملك عند وجود السبب شرط لانعقاده، ليكون السبب مفضيا إلى الحكم عند تحقق الشرط الذي عُلِّق عليه .

فيشترط قيام الملك في المحل ثم يتأخر الحكم إلى وجود الشرط الذي عُلِّق عليه ، وكذلك العتق [2].

---

(١) انظر : **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : ١٥٩/٢.

(٢) انظر : منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ١٥٨/٢ ، ٤١٦ ؛ البخاري / **كشف الأسرار** : ٢/ ٥٠٠ ؛ البخاري/ **التوضيح على لتنقيح** : ١٤٦/١ ، ١٤٨ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٢٩/٢ — ٣٢ ؛ الزركشي / **المنثور** : ٢١١/٣.

ونقل الأزميري في حاشيته على مرآة الأصول : ١٥٩/٢ : مخالفة الإمام مالك لأبي حنيفة والشافعي في هذه المسألة فلا يجوز عند مالك تعليق الطلاق بالملك عموما ، نحو : كل امرأة أتزوجها طالق لا يجوز . وإن خصص ببلد أو قبيلة بأن قال : كل امرأة من مصر أو من بني تميم أو كل بكر أو ثيب طالق جاز ؛ لأن في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يجوز .

والتحقيق موافقة الإمام مالك للحنفية في جواز تعليق الطلاق بالملك . [انظر : الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٣٧٠/٢] .

ومنها : خيار الشرط هل يُوَرَّثُ أم لا ؟ على قولين :

فمذهب الحنفية أن خيار الشرط لا يورث ؛ لأنه صفة حسِّيَّة تقوم بالمختار والثابت به يشبه نقل الملك واستيفائه وهي صفة من صفاته تفوت بفواته .

وقال الشافعية : بجواز توريث خيار الشرط ؛ لأن الملك حاصل ، والثابت بالخيار هو حق فسخ العقد أو إمضائه ، وهو حق شرعي يمكن انتقاله إلى الوارث كما في الرد بالعيب [1].

ومنها : تعجيل النذر المعلق أي المنذور المالي بأن قال : لله عليَّ أن أتصدق بعشرة دراهم إن فعلتُ كذا ، فتصدق بها عن النذر قبل وجود الشرط . فهل يجوز أم لا ؟ على قولين بناء على ما ذكرنا من اختلاف العلماء في أثر التعليق هل يمنع الانعقاد أم يؤخر الحكم إلى زمان وجود الشرط الذي عُلِّق عليه ؟

فعند الحنفية لا يجوز تعجيل النذر المعلَّق ؛ لأن التعجيل قبل السبب لا يجوز بالاتفاق ، والسبب إنما يصير سببا عند وجود الشرط في باب النذر .

أما الإمام الشافعي — رحمه الله — فجوَّز تعجيل النذر المعلَّق ؛ لأن التعجيل بعد وجود السبب وقبل وجوب الأداء صحيح ، قياسا على تعجيل الزكاة قبل الحلول إذا وُجِد النصاب ، فقوله : لله عليَّ أن أتصدق بعشرة ، انعقد سبباً تاماً لإيجاب العشرة في الحال ، غاية الأمر أن وجود الشرط أخَّر وجوب الأداء إلى زمان وجوده فإذا أُدِّى قبل وجود الشرط كان الأداء واقعاً بعد وجود السبب الموجب فيجوز [2] .

ومنها : التكفير قبل الحنث ، لا يجوز عند الحنفية لا بالمال ولا بالصوم ؛ لأن اليمين معلَّقة بالشرط ، وهو الحنث ، فلا ينعقد سببا في حق الكفارة حتى يوجد الحنث .

وعند الشافعية يجوز التكفير قبل الحنث لانعقاد سببه [3] .

---

(١) انظر : ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٣/٢ .

(٢) البخاري / **كشف الأسرار** : ٢/ ٥٠٠ ؛ الأزميري / **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : ١٥٩/٢ — ١٦٠.

(٣) انظر : منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ٤١٦/٢ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ٣٤/٢ .

المطلب الثالث ـ شروط صحة التعليق .

١ـ كون الشرط المُعلّق عليه معدوما على خطر الوجود ، أي مترددا بين الوجود وعدمه .

فإن كان المُعلّق عليه موجودا وقت التعليق كان التعليق صوريا وكان العقد منجزا ، فالتعليق بكائن تنجيز ، وحكم هذا العقد الذي هو منجز حقيقة ومُعلّق صورة ، أنه يترتب عليه حكمه في الحال كالعقد المنجز صورة وحقيقة ، ومثاله : لو قال الدائن للمدين : إن كان لي عليك دين فقد أبرأتك ، وكان له عليه دين برئ منه ؛ لأن التعليق بكائن تنجيز . وكذا لو قال الواهب للموهوب له : إن نجح ابني في الامتحان فقد وهبتك هذه الأرض ، وكان ابنه وقت أن قال ذلك ناجحا بالفعل ، انعقدت الهبة . وإن كان المعلّق عليه مستحيل الوجود كان العقد باطلا لا يترتب عليه شيء ، ويكون الغرض من تعليقه إيذان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد .

وعلى هذا فالعقد المعلّق الحقيقي هو ما كان التعليق فيه على أمر يُتوقّع ويُنتظر حصوله في المستقبل [١].

٢ـ وجود رابط ـ كالفاء وإذا الفجائية ـ حيث كان الجزاء مؤخراً وإلا يتنجز [٢].

٣ـ عدم فاصل أجنبي بين الشرط وهو المُعلّق ، والجزاء وهو المُعلّق عليه [٣].

٤ـ كون المُعلّق عليه أمراً يُرجى الوقوف على وجوده ؛ لأن تعليق التصرف على أمر غير معلوم لا يصح . فمن قال لامرأته : أنتِ طالق إن شاء الله ، وقع الطلاق في الحال ؛ لأنه ليس تعليقا [٤].

---

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٧ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ٧٥/٤ ؛ الخبازي / **المغني في أصول الفقه** : ٣٤٩ ؛ الكفوي / **الكليات** : ٥/٢ .

(٢) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٧ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣٤٤/٣ .

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٧ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ٣٣٤/٣ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣٤٣/٣ .

(٤) انظر : الزيلعي / **تبيين الحقائق** : ٢٤٣/٢ ؛ الآبي /**جواهر الإكليل** : ٢٤٣/١ ـ ٢٤٤ ؛ قليوبي / **حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج** : ٣٤٢/٣ ؛ عميرة / **حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج** : ٣٤٢/٣ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ١٠٤/٩ .

٥ — الشرط إنما يتعلّق بالأمور المستقبلة أما الماضية ، فلا مدخل له فيها ، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط ، لأنه خبر عن ماض [1] .

٦— ألاّ يقصد بالتعليق المجازاة ، فلو سبَّته بما يؤذيه فقال : إن كنتُ كما قلتِ فأنت طالق ، تنجز الطلاق سواء أكان الزوج كما قالت أم لم يكن ؛ لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها بالطلاق [2].

٧ — أن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكا للتنجيز أي قادرا على التنجيز وهذا الأمر فيه خلاف تقدَّمت الإشارة إليه في المطلب السابق [3] .

المطلب الرابع — أقسام العقود بالنسبة لقبولها التعليق أوعدم قبولها .

بيَّن الفقهاء رحمهم الله العقود والتصرفات التي يجوز تعليقها بالشرط ، والتي لا يجوز ، وتفصيل ما جاء في هذه المسألة عند فقهاء المذاهب كما يلي [4]:

أولا . عند الحنفية [5]:

تنقسم العقود من هذه الناحية إلى ثلاثة أقسام هي :

الأول — عقود لا تقبل التعليق وتفسد به ، وهي :

١— عقود التمليكات ، وتشمل :

---

(١) السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٧٦ ؛ الزركشي / **البحر المحيط** : ٣/٣٣٠ .

(٢) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣/٣٤٣ .

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٣/٣٤٤ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢/٣٧٠ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٤/٣٦ — ٣٧ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/٢١١ .

(٤) تنبيه : أذكر في هذه المسألة ما جاء عند المذاهب الفقهية من القواعد والضوابط دون تفصيل الاختلافات في الفروع ، إلا أنني قد أشير في بعض المواضع للمستثنيات وللفروع الفقهية واختلاف فقهاء المذهب فيها للتوضيح حسب ما يقتضيه المقام .

(٥) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٧ — ٣٦٨ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٤/٤١ — ٤٥ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وابن عابدين عليه** : ٥/٢٤٠ — ٢٤٨ ، ٢٥٤ — ٢٥٥ ؛ ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين**: ٢/٢ — ٦ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه المسماة منحة الخالق على البحر الرائق** : ٦/١٩٤ — ٢٠٨ .

أ ـــ التمليكات المالية ، ماعدا الوصية ، سواء أكانت واردة على الأعيان كـــالبيع [١] والإبراء عن الدين [٢]، أم على المنافع كالإجارة [٣] والمزارعة والمســـاقاة والإعارة . بطريــق المعاوضة كالبيع وغيره من عقود المعاوضات ، أم بطريق التبرع كالهبة [٤]والصدقة ، لا يصـح تعليقها على شرط متردد بين الوجود والعدم ؛ لاستقرار المعاملات ، ولأن في التعليق معــنى القمار إذ التعليق يجعل العقد محتملا للوجود والعدم ، ويحدث خلخلة في الرضا الذي تعتمــد عليه العقود .

ب ـــ المبادلات غير المالية أي ما كان مبادلة مال بغير مال ، كالنكاح والخلع علـــى مال ، لا يصح تعليقهما على شرط ؛ لأنه لابد من تحقق أثرها في الحـــال ، إلا إذا علقـــهما بشرط علم للحال فيجوز ؛ لأن التعليق بشرط كائن تنجيز [٥] .

ج ـــ التقييدات ، كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له في التجارة .

(١) إلا في صورة واحدة وهو أن يقول : بعت منك هذا إن رضي فلان به ، فيجوز إذا وقّته بثلاثـــة أيـــام ؛ لأنـــه اشتراط الخيار إلى أجنبي وهو جائز . [انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١٩٥/٦] .

(٢) " قيد بالدين لأن الإبراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله إن وافيت به غدا فأنت بريء فوافاه بـــه ، برئ من المال . وهو قول البعض واختاره في فتح القدير وقال أنه الأوجه معللا بأنه إسقاط لا تمليـــك " [ابـــن نجيم / **البحر الرائق** : ١٩٧/٦].

ويستثنى من عدم صحة تعليق الإبراء عن الدين ما إذا علقه بموت الدائن و لم يكن المديون وارثا ، أو علقه بـــأمر كائن أو بشرط متعارف عليه ، فيصح . وذكر ابن نجيم مسائل من الفروع بعضها يصح فيها تعليـــق الإبـــراء وأخرى لا يصح فيها تعليقه ، وبين ـــ رحمه الله ـــ أن المسائل التي قالوا فيها بصحة التعليق لأنها علقت علـــى شرط متعارف عليه ، وما قالوا فيها بعدم صحة التعليق لأنها علقت على شرط غير متعارف عليه . [انظـــر : ابن نجيم / **البحر الرائق وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٩٧/٦ ـــ ١٩٩] .

(٣) " ويستثنى من إطلاق قولهم لا يصح تعليقها بالشرط ما صرحوا به في الاجارات لو قال لغاصب داره فرغـــها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت و لم يفرغها وجب المسمى مع أنه تعليق بعدم التفريغ " . [ابن نجيم / **البحـــر الرائق** : ١٩٦/٦] .

(٤) قال ابن نجيم : " وتعليق الهبة بأن باطل وبعلى إن كان ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز وإن مخالفـــا بطـــل الشرط وصحت الهبة " [ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٠٨/٦ . وانظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصوليـــين** : ٥/٢ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وابن عابدين عليه** : ٢٥٥/٥] .

(٥) انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٢/٢] .

د ـــ الإقرار ، لا يصح تعليقه بالشرط ، فلو قال لفلان علي كذا إن أقرضني كذا أو إن جاء فلان ، فلا يصح ؛ لأنه ليس مما يحلف به عادة .

بخلاف ما إذا علقه بموته أو بمجيء الوقت ، فإنه يجوز ، ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الأجل ، فيلزمه للحال [١] .

هـ ـــ الإقالة ، لا يصح تعليقها .

الثاني ـــ عقود يصح فيها التعليق بالشرط الملائم وغير الملائم [٢]، وهي :

أ ـــ الإسقاطات المحضة [٣]، كالطلاق والعتق والتنازل عن حق الشفعة .

ب ـــ الوكالة والوصية والإيصاء .

ج ـــ الالتزامات التي يراد منها تقوية إرادة الملتزم ، كالنذر واليمين .

الثالث ـــ عقود يصح فيها التعليق بالشرط الملائم فقط ، وهي :

أ ـــ الالتزامات التي لا يحلف بها ، كالكفالة والحوالة .

ب ـــ الإطلاقات ، كالإذن للصبي بالتجارة .

ج ـــ الولايات ، كالقضاء والإمارة .

وها هنا قاعدتان ينبغي ذكرهما :

القاعدة الأولى : كل ما لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق إجازته بالشرط حتى النكاح ، لأن التعليق يبطل الإجازة اعتبارا بابتداء العقد [٤].

ومن صورها : لو باع فضولي داره فقال : لو زاد فلان في الثمن فقد أجزت ، أو علّقها بشرط آخر نحو لو وهبتني أو أقرضتني ، بطلت الإجازة .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق : ٢٠١/٦** ؛ الحصكفي / **الدر المختار وابن عابدين عليه : ٢٤٨/٥** .

(٢) الشرط الملائم هو : ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، عرفا أو شرعا ، بأن يكون أساسا لوجوده أو سببا لثبوت الحق ، مثل : إن أقرضت فلانا فأنا كفيله ، أو إن لم أدفع دينك بعد شهر فقد أحلتك به على فلان ، وإن أحسنت التجارة فقد أذنت لك بها .

أما الشرط غير الملائم فهو : مالا فائدة فيه أو مالا يظهر فيه غرض صحيح فيعد نوعا من العبث والهزل ، نحو قولك إن نزل المطر فقد كفلت فلانا . [انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار : ٢٤١/٥**]

(٣) تقييد الإسقاطات بالمحضة ، احترازا عن الإبراء فإنه وإن كان إسقاطا لكنه تمليك من وجه فهو من التمليكات ، فلا يصح تعليقه . [ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** (بتصرف) : ٢٤١/٥]

(٤) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق : ١٩٦/٦** ؛ ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين : ٣/٢** .

ومنها : لو زوج ابنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت : أجزت إن رضيت أمي ، بطلت الإجازة [1].

القاعدة الثانية : ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة ويبطل الشرط . كالطلاق والعتق والحوالة والكفالة ، فلو علقت على شرط فاسد ، فلا يبطل العقد وإنما يبطل الشرط الفاسد الذي علق عليه [2].

ثانيا . عند المالكية :

ذكر الإمام القرافي [3] رحمه الله في الفرق بين قاعدة قبول الشرط وبين قاعدة قبول التعليق على الشرط أنه لا يلزم من قبول التعليق قبول الشرط ، ولا من قبول الشرط قبول التعليق ثم ذكر — رحمه الله — أن الحقائق الشرعية أربعة أقسام :

الأول : ما يقبل الشرط والتعليق عليه .

الثاني : ما لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه .

الثالث : ما يقبل الشرط دون التعليق عليه .

الرابع : ما لا يقبل الشرط ويقبل التعليق عليه .

ثم قال : " وهذه الأقسام الأربعة في هاتين القاعدتين يدور عليها التصرفات في الشريعة " [4] . ومن خلال بيانه لكل قسم من هذه الأقسام بالتمثيل يمكن استخلاص ما يقبل التعليق من العقود وما لا يقبله عند المالكية فنقول :

العقود بالنسبة لقبولها التعليق أو عدم قبولها عند المالكية على النحو التالي :

---

(١) انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١٩٦/٦ .

(٢) انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٤/٢ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٦٨ .

(٣) **أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن شهاب الدين الصنهاجي القرافي (−٦٨٤هـ)** : أبو العباس ، أحد أعلام فقهاء المالكية المشهورين ، كان إماما بارعا في الفقه ، والأصول والعلوم العقلية ، وله معرفة بالتفسير .
من مصنفاته : (الذخيرة) في فقه المالكية ، و(التنقيح) في أصول الفقه وهو مقدمة كتاب الذخيرة ، وشرحه في الأصول ، و(الخصائص) في قواعد اللغة العربية .
[انظر : ابن فرحون / **الديباج المذهب** : (٢٣٦/١-٢٣٩) ؛ مخلوف / **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** : (١٨٨) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٩٤/١ — ٩٥)] .

(٤) **الفروق** : ٢٢٩/١ .

أولاً : عقود لا تقبل التعليق وهي : عقود التمليكات ، كالبيع والإجارة ونحوهما ، فلا يصح أن يقال إن قدم زيد فقد بعتك ، أو أجرتك ؛ لأن انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق فإن الشرط المعلق عليه قد يحصل وقد لا يحصل وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ، ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد [١] .

ثانياً : عقود تقبل التعليق وهي : الإسقاطات التي يحلف بها ، كالطلاق والعتق ونحوهما بأن يقول : إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق ، أو أنتَ حر ، فلا ينجز طلاق ولا عتق الآن بل حتى يقع الشرط . وأيضا الالتزامات التي يراد منها تقوية إرادة الملتزم ، كالنذر واليمين ، فنقول : إن قدم زيد فعليَّ صوم شهر أو صلاة مائة ركعة ونحوها .

ثالثا ـ عند الشافعية :

قاعدة ذلك عند الشافعية هي : أن العقود بالنسبة لقبولها التعليق وعدمه على مرتبتين أساسيتين :

إحداهما : عقود التمليكات المحضة ، لا مدخل للتعليق فيها قطعا ، كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه)) [٢] ، ولأن نقل الملك يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق [٣].

ويستثنى من ذلك عقد الوصية والايصاء ، فيجوز تعليقهما [٤] .

---

(١) القرافي / **الفروق** (بتصرف) : ٢٢٩/١ .

* ذكر الشيخ محمد سلام مدكور في كتابه المدخل للفقه الإسلامي : (٦١١) : أن الإمام مالك رحمه الله أجاز تعليق عقود التبرعات كالهبة والهدية والصدقة ؛ لعدم الضرر ، فالمتبرع له إن لم يستفد على احتمال عدم وجود المعلق عليه فإنه لن يخسر أيضا . فإن من قال أعيرك كتابي هذا إن جاءني كتاب آخر ، أو وهبتك بيتي هذا إن بنيت منزلا آخر في هذه الأرض ، فإن المتبرع له لا ضرر عليه على أية حال .

غير أني لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب المذهب هذا القول عن الإمام مالك رحمه الله ، كما أن علة منع تعليق التمليكات التي ذكرها القرافي تقتضي العموم .

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ٩.

(٣) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد**: ٣٧٤/١.

(٤) انظر : النووي / **روضة الطالبين** : ٣١٤/٦ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٧١/١ ــ ٣٧٢ .

فلو قال : إذا مت أوصيت إليك ، أو إذا متُّ ففلان وصيِّي ، أو فقد أوصيت إليه جاز ، وكذا لو قال : إن رزقت كذا أو سلمت من سفري ، فقد أوصيت بثلث مالي [١].

وأجاز بعض الشافعية تعليق البيع في بعض صوره :

الأولى : كقول البائع للمشتري : بعتك إن شئت .

الثانية : كقول البائع للمشتري : إن كان ملكي ، فقد بعتكه .

ومنه مسألة اختلاف الوكيل والموكل ، فيقول : إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها .

الثالثة : مسألة البيع الضمني : كأعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر [٢].

وهنا قاعدة ينبغي ذكرها :

قاعدة : " كل عقد فيه عوض علق بصفة لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة فسد بالتعليق " [٣] ، إلا فيما استثني .

ثانيهما : ما كان حلا محضا ، يقبل التعليق قطعا .

ومنه : عقود الإسقاطات المحضة ، كالطلاق والعتق ، تقبل التعليق قطعا .

وبين المرتبتين السابقتين مراتب يجري فيها الخلاف لترددها بين المرتبتين ، كالفسخ والإبراء ؛ لأنهما يشبهان التمليك ، وكذلك الوقف فيه شائبة المعاوضة بدليل وجوب قبوله من المعين ، وفيه شبه يسير بالعتق فكل منهما إخراج عن الملك بلا عوض .

وأما التعليق في الجعالة والخلع ونحوهما ؛ فلأنه التزام يشبه النذر وإن ترتب عليه ملك ، وفي الخلع معنى المعاوضة ومعنى الطلاق [٤].

(١) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١/٣٧١ — ٣٧٢ .

(٢) السيوطي / **الأشباه والنظائر** (بتصرف) : ٣٧٧ . وانظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣/١٤ .

(٣) ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ١/٢٨٩ .

(٤) انظر : السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٣٧٦ —٣٧٧ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١/٣٧٠، ٣٧٤ — ٣٧٥ ، ٣٧٧ — ٣٧٨ ؛ ابن السبكي / **الأشباه والنظائر** : ١/٣٧٧ ، ٣٧٩ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٨/١١٤— ١١٥ .

فائدة : قال السيوطي في أشباهه : ٢٧٨ : " قاعدة : ما قبل التعليق من التصرفات ، صح إضافته إلى بعض محل التصرف ، كالطلاق والعتق والحج . وما لا فلا : كالنكاح ، والرجعة ، والبيع " .

رابعا . عند الحنابلة :

ذهب جمهور الحنابلة إلى أن عقود التمليكات المالية ، ماعدا الوصية ، سواء أكانت واردة على الأعيان ، أم على المنافع . بطريق المعاوضة ، أم بطريق التبرع ، لا تقبل التعليق[١].

وأيضا المبادلات غير المالية ، كالنكاح والخلع على مال ، لا تقبل التعليق على شرط ؛ لأن هذه العقود لا تكون إلا لازمة والتعليق يوجب جوازها ، فتبطل به [٢].

وذهب المحققون من الحنابلة ومنهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم [٣] إلى أنه يجوز تعليق جميع أنواع العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط ، من بيع وإجارة وكفالة وهبة ورهن وإبراء وغيرها ، حتى عقد النكاح .

يقول ابن القيم ـــ رحمه الله ـــ مبيِّنا وجه هذا القول : " شرع الله لعباده التعليق بالشرط في كل موضع يحتاج إليه العبد " ويقول أيضا : إن " تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ؛ فلا يستغني عنه المكلف " [٤].

ويذكر ابن القيم ـــ رحمه الله ـــ ما يؤيد صحَّة هذا القول بأنه قد صحَّ تعليق النظر بالشرط بالإجماع ونص الكتاب [٥]، وتعليق الضمان بالشرط بنص القرآن [٦]، وتعليق النكاح

(١) انظر : ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٤/٦٥ ـــ ٦٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٦/٢٨٨ ـــ ٢٨٩ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٣/ ١٩٥ ؛ البهوتي / **الروض المربع وحاشية ابن القاسم عليه** : ٥/ ٥٤٣ .

(٢) انظر : البهوتي / **الروض المربع وحاشية ابن القاسم عليه** : ٦/٣٢٢ ـــ ٣٢٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧/٤٥١ ـــ ٤٥٢ .

(٣) انطلاقا من أن الأصل في الاجتهاد الحنبلي هو حرية الشروط العقدية وعلى هذا فإن ما نذكره هنا إنما هو فرع لمذهبهم في قاعدة حرية العقود والشروط .

(٤) **إعلام الموقعين** : ٣/٣٠٢ .

(٥) لعل مراده بالنظر الإمهال في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [سورة البقرة : آية ٢٨٠]

(٦) { ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم } [سورة يوسف : آية ٧٢] . والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا وهذا ليس واحداً منهما ومقاطع الحقوق عند الشروط ؛ ولأنه التزام فجاز تعليقه بالشرط كالنذر [انظر : ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٣/٣٠٠ ، ٣١٠ و ٤/٢٣] .

بالشرط ، فقد صحَّ تعليق تزويج موسى بابنة صاحب مدين[1] وهو أصحَّ نكاح على وجه الأرض ، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ فكيف إن أتت مقررة له كقوله صلى الله عليه وسلم : ((أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ مِنَ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)) [2] فهذا صريح في أن حل الفروج بالنكاح قد يعلق على شرط .

وقد نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، كما يعلق الطلاق والجعالة والضمان والنذر وغيرها من العقود [3] ؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ)) [4] .

ونصَّ الإمام أحمد على صحَّة تعليق البيع بالشرط فيمن باع جارية وشرَطَ على المشتري أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن في قوله : إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن، فلو أراد بيعها لم يملك إلا ردها إلى البائع بالثمن الأول كالمقابلة . وحجَّته في ذلك بأنه قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما [5] ، وقد روي أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ ابْتَاعَ جَارِيَةً مِنِ امْرَأَتِهِ زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ وَاشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنَّكَ إِنْ بِعْتَهَا فَهِيَ لِي بِالثَّمَنِ الَّذِي تَبِيعُهَا بِهِ فَسَأَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ عَنْ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ : لاَ تَقْرَبْهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ [6].

ورَهَنَ الإمام أحمد نعله وقال للمرتهن : إن جئتك بالحق إلى كذا وإلا فهو لك ، وهذا بيع بشرط فقد فعله وأفتى به

---

(١) ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِندِكَ ﴾ [سورة القصص : آية ٢٧] .

(٢) تقدم تخريجه ، ص :١٦ .

(٣) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤٥٢/٧ .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٢٩-٣٠ .

(٥) انظر : ابن قدامة / **الشرح الكبيرعلى متن المقنع** : ٦٣/٤ ؛ ابن تيميه / **القواعد النورانية** : ١٣٣ ؛ ابن القيم/ **إعلام الموقعين** : ٣٠٠/٣ — ٣٠١ .

(٦) مالك ، **الموطأ** : ٤٧٩/٢ ، كتاب البيوع (٣١) ، باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها (٥) ،حديث (٥) .

أما المزارعة فقد رُوِيَ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط ، فكان يدفع أرضه إلى من يعمل عليها على أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا ، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا ، ولم يخالفه صاحب [١].

وقد نصَّ أحمد — رحمه الله — على جواز تعليق الإبراء فعلاً منه .ويقول المتأخرون من أصحابه : لا يصح تعليق الإبراء بالشرط ، وليس ذلك موافقا لا لنصوصه ولا لأصوله[٢].

وخلاصة القول في ذلك ، أن الأنظار الفقهية في هذه المسألة متطابقة من وجه ومختلفة من وجه آخر .

بيان ذلك :

١— أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية [٣]وجمهور الحنابلة قد أغلقوا باب التعليق في التمليكات المالية ، وغير المالية فاعتبروها بالتعليق باطلة ، وخالفهم في ذلك فريق من الحنابلة فأجازوا تعليق العقود بإطلاق .

والحق أن ما ذهب إليه المحققون من الحنابلة هو القول الصحيح الذي يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية الميسرة ونصوصها التي لا تمنع التعليق بل إن الضابط الشرعي الذي دل عليه النص هو أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم ، فيجوز تعليق العقود على الشروط ما دامت لا تخالف نصا فلا تحرم حلالا ولا تحل حراما .

إلا أنني أرى أنه يستثنى من إطلاق الحنابلة تعليق العقود ، عقد النكاح ؛ نظرا لعظم وخطورة الآثار المترتبة عليه والتي تقتضي أن يكون العقد فيه جازما ، ولأن العاقدين لا يقدمان على ذلك إلا بعد تروٍ ونظر فلا حاجة للتعليق .

٢— اتفق الفقهاء على صحة تعليق الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتق .

٣— انفرد الحنفية بتقسيم العقود التي تقبل التعليق إلى ما يقبل التعليق بالشرط الملائم وما يقبل التعليق بالملائم وغير الملائم كما سبق تفصيله .

(١) تقدم تخريجه ، ص : ١٣٤.

(٢) انظر : ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ٣٠١/٣ .

(٣) وخالف الشافعي في الخلع حيث أجاز تعليقه على شرط . [انظر : الشيرازي / **المهذب** : ٧٢/١ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٧٥/١ .

٤ـــ من خلال مقارنة العقود بالنسبة لقبولها الإضافة والتعليق وعدمه يتبن أن ما يصح من العقود مع التعليق يصح مع الإضافة ؛ لأن التعليق ضرب من الإضافة من حيث إنه يترتب عليه إرجاء الأثر فالعقد المعلق لا يوجد إلا بوجود المعلق عليه .

ولكن هل كل ما لا يقبل التعليق لا يقبل الإضافة ؟

الجواب : إن ما لا يصح من العقود مع التعليق إن أفاد ملك العين ، لا يصح مع الإضافة ، وإن أفاد ملك المنفعة ، وبعبارة أعم كل ما لا يترتب عليه جميع آثاره في الحال ، يصح مع الإضافة وإن كان لا يصح مع التعليق .

وإذا فليس كل ما لا يقبل التعليق لا يقبل الإضافة بل قد يقبلها [1].

---

(1) انظر : الخفيف / **أحكام المعاملات الشرعية** : ٢٢٨ .

المطلب الخامس — في الفروق .

وفيه فرعان :

الفرع الأول . الفرق بين التعليق والإضافة :

ذكر فقهاء الحنفية [1] الفرق بين التعليق والإضافة في العقود وغيرها من التصرفات من وجهين على النحو التالي :

التعليق	الإضافة
الوجه الأول : أن التعليق يمين ، وهي للبر[2]، واليمين في اليمين المنعقدة متضمن إعدام ما يوجبه المعلق الذي هو السبب الشرعي . فإن من قال : إن دخلتِ الدار فأنت طالق ، فإن الطلاق هو السبب الشرعي ؛ لكون اليمين منعقدا للمنع عن الدخول [3]، وإذا امتنع عن الدخول فإنه لا يقع ما علق به ، وإذا لم يقع لم يقع موجبه ، فلا يفضي المعلق إلى الحكم الذي هو سبب عند التنجيز ، هذا على تقدير أن يكون موجَب المعلق (بفتح الجيم). أما إن كان بكسرها ، فالمراد به الشرط ، ويكون المعنى أن التعليق لئلا يتحقق الشرط المستلزم لوجود الجزاء الذي يكره وجود المعلق .	— أما الإضافة فلثبوت حكم السبب في الوقت الذي أضيف إليه السبب المذكور ، فالمقصود منها وجود الحكم على خلاف التعليق ، لا لمنع السبب كما في التعليق ، فالمقصود من : ((أنت حر يوم الجمعة)) ثبوت الحرية فيه ، فيتحقق السبب المضاف قبل تحقق الوقت الذي أضيف إليه بلا مانع كالتعليق المانع من انعقاد السبب المعلق بالشرط ، وعدم المانع مع وجود المقتضي وهو التكلم بالسبب بلا تعليق يقتضي تحققه ، غاية الأمر تأخير الحكم المسبب إلى وجود الوقت المعين الذي هو كائن لا محالة إذ الزمان من لوازم الوجود الخارجي ، فالإضافة إليه إضافة إلى ما قطع بوجوده .

---

(١) انظر : ابن نجيم / **فتح الغفار** : ٢/٥٥ — ٥٦ ؛ أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ١/١٢٨ — ١٢٩ .

(٢) المراد " المحافظة على موجب اليمين ضد الحنث " . [أمير بادشاه / **تيسير التحرير** : ١/١٢٨] .

(٣) فالمنع عن الدخول مثلا في نحو ((إن دخلتِ الدار فأنتِ طالقٌ هو الثابت بالسبب . [انظر : الأزميري / **حاشية الأزميري على مرآة الأصول** : ٢/٤١٢] .

الوجه الثاني : أن الشرط في التعليق مترددا بين الوجود والعدم .	ـــ أما في الإضافة فإن الوقت المضاف إليه السبب كائن لا محالة ، فالإضافة إليه إضافة إلى ما قطع بوجوده ، والإضافة إلى الكائن لا تورث شكا في وجود المضاف ، فلا يمنعه عن الانعقاد شيء إذ الأصل عدم وجود مانع آخر .

وخلاصة القول في الفرق بين العقد المعلق ، والعقد المضاف هو : أن العقد المعلق على شرط لا ينعقد إلا حين وجود الشرط ، أما العقد المضاف فهو عقد تام فينعقد في الحال سببا لحكمه إلا أن أثره لا يوجد إلا في الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب ، وأيضا فإن الفرق بينهما حاصل بأن وجود الشرط المعلق عليه على الخطر بين أن يوجد ، ولا خطر في الإضافة فإنّ الوقت الذي أضيف إليه الإيجاب كائن لا محالة .

الفرع الثاني . الفرق بين الشرط والتعليق :

الفرق بين الشرط والتعليق هو : أن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بإنْ أو أداة أخرى من أدوات الشرط ، كقول زيد لعمرو : إن لم أدفع لك دينك بعد شهر فقد أحلتك به على فلان .

أما الشرط فهو التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ، كالبيع بشرط الشهادة في البيع ، أو بشرط أن يرهن المشتري بالثمن [١] .

وذكر السيوطي الفرق بينهما فقال : إن التعليق داخل على أصل الفعل بأداته . كإن ، وإذا . والشرط ما جُزِم فيه بأصل الفعل ، وشُرِط فيه أمر آخر [٢] .

المطلب السادس ـــ فائدة في ذكر كيفية ثبوت الأحكام في العقود .

الغاية من هذا المطلب بيان الطرق التي يثبت بها حكم العقد المقرر له شرعا ، ذلك أن بعض العقود يثبت حكمها حال انعقادها ، وقد يتأخر ثبوته لوجود سبب يمنع من ظهور

(١) انظر : الحموي / غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ٤/٤١ .

(٢) السيوطي / الأشباه والنظائر (بتصرف) : ٣٧٦ . وانظر : الزركشي / المنثور في القواعد : ١/٣٧٠ .

الحكم ، وقد ينشأ العاقد عقدا فيتبين تقدم أثره في الحال ، وقد يتوقف ظهور حكم العقد عند انعقاده ثم يثبت الحكم بأثر رجعي أي منذ حصول التعاقد ، فالأحكام تثبت في العقود بأربعة طرق [1] :

١ـ **الاقتصار** : وهو ثبوت الحكم وقت وجود السبب في الحال ، كما إذا انشأ عقد البيع بالإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما ، فالحكم يبتدىء من وقت وجود السبب مقتصرا عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه ، إلا إذا كان يقبل خيار الشرط ووجد فعلا .

٢ـ **الانقلاب** : وهو صيرورة ما ليس بِعلّة علّةً ، كالتعليق ، فمثلا قول الرجل لامرأته أنتِ طالق علّةٌ لثبوت الحكم ــ وقوع الطلاق ــ ، فإذا علّقه على خروجها إلى جهة معينة لا يُعتبر قولُه : أنتِ طالق علّة لظهور الحكم إلا عند وجود الشرط المعلّق عليه ، فينقلب ما ليس بِعلّة علّةً ويظهر حكم الطلاق عند تحقق الخروج .

وكذلك الحكم في سائر العقود التي تقبل التعليق بالشرط ، فلا يظهر الحكم إلا عند وجود الشرط المعلق عليه ، فيصير الشرط هو علة ظهور الحكم .

٣ـ **التبيين** : وهو أن يظهر في الحال تَقدُّم الحكم وهذا كالتعليق على شيء ظهر أنه حدث من قبل ، مثل : إن جاء زيد فأنت وكيلي ، وتبين أن زيد قد جاء قبل هذا .

٤ـ **الاستناد** : وهو أن يكون للحكم أثر رجعي رغم انعقاد العقد في الحال مثل : الحكم في عقد الفضولي والصبي المُميِّز ، فيثبت حكم العقد بعد الإجازة ممن يملكها مستندا إلى وقت انعقاد العقد أي أن حكم العقد بعد الإجازة يثبت من وقت انعقاده [2] ، وكالحكم في المضمونات فإنها تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت وجوب سبب الضمان .

*****

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣١٤ ــ ٣١٥ ؛ الحموي / **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** : ٣٤٦/٣ ــ ٣٤٧.

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ١٦٦-١٧٠ .

الفصل الرابع
أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم وعدمه

ويشتمل هذا الفصل على ستة مباحث :

المبحث الأول : في بيان المراد بالعقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في بيان المراد بالعقد اللازم .

المطلب الثاني : في بيان المراد بالعقد غير اللازم (الجائز)

المبحث الثاني : أقسام العقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أقسام العقد اللازم .

المطلب الثاني : أقسام العقد غير اللازم (الجائز) .

المبحث الثالث : متى تثبت صفة اللزوم في العقود اللازمة ؟

المبحث الرابع : الخيارات وأثرها في العقود اللازمة .

المبحث الخامس : حكم ورود الخيار وعدمه على العقود اللازمة والجائزة .

المبحث السادس : الفسخ في العقود اللازمة وغير اللازمة .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أسباب الفسخ في العقود اللازمة .

المطلب الثاني : الفسخ في العقود غير اللازمة .

تقديم :

الأصل في العقود اللزوم ، فالعقد يتم وينعقد بمجرد الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما دون توقف على أمر آخر . فإذا تمّ ، ترتبت عليه آثاره المقررة له شرعا ، ويصبح لازما ، فهو إنما يكتسب صفة اللزوم بمجرد تمامه .

ويشذ عن هذا الأصل طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم وهي ما يطلق عليها اسم (العقود غير اللازمة) ، وأيضا كل عقد يشترط فيه القبض ، وكل عقد تضمن أحد الخيارات التي تُسوّغ لأحد العاقدين فسخ العقد ، والتي تثبت إما باشتراط العاقد أو بإيجاب الشرع ، مما يأتي بيانه قريبا .

قال القرافي : " اعلم أن الأصل في العقد اللزوم لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه ودفع الحاجات فيناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلا للمقصود غير أنه مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين أحدهما :كذلك ، كالبيع والإجارة والنكاح والهبة والصدقة وعقود الولايات ، فإنّ التصرف المقصود بالعقد يحصل عقيب العقد. والقسم الآخر ، لا يستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم وهو خمسة عقود : الجعالة والقراض والمغارسة والوكالة وتحكيم الحاكم ما لم يشرعا في الحكومة " [1] .

إنّ الحديث عن أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم والجواز أولا بيان المراد بالعقد اللازم وغير اللازم (الجائز) ، وفي المبحث التالي بيان كل منهما .

---

(1) **الفروق** (الفرق : ٢٠٩): ١٣/٤ . وانظر: ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٦٥/٤ ؛ القرافي / **الفروق** : ٢٦٩/٣ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٢٠/٥ ، ٥٥/٦ .

تنبيه : اختلف الفقهاء في ثبوت صفة اللزوم في طائفة من العقود اللازمة وهي ما كان منها في معنى البيع ، ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذا الضرب من العقود إلى اختلافهم في خيار المجلس . [انظر من هذا البحث ، ص : ٢٥٤-٢٦٣] .

المبحث الأول ــ في بيان المراد بالعقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول ــ في بيان المراد بالعقد اللازم .

وفيه فرعان:

الفرع الأول . تعريف العقد اللازم .

العقد اللازم [١] **هو** : كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبداً أو يقبله ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك [٢].

محترزات التعريف :

عقد : جنس في التعريف يشمل كل عقد .

صحيح : قيد أول في التعريف ، خرج به غير الصحيح أي العقد الفاسد والباطل .

نافذ [٣]: قيد ثانٍ في التعريف أخرج كل عقد صحيح غير نافذ وهو العقد الموقوف .

لا يقبل الفسخ أبداً : قيد ثالث في التعريف يبين حقيقة أو أصل اللزوم ، وهذا القيد يبين أحد نوعي العقد اللازم وهو : ما لا يقبل الفسخ أبدا حتى لو اتفق المتعاقدان على ذلك، كالنكاح .

أو يقبله ــ أي الفسخ ــ **ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك** : لأن الكلام في رفع العقد اللازم ، وخرج بهذا القيد رفع ما ليس بلازم ، فلمن له الخيار ، الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه .

قال ابن عابدين : " أنَّ رفع العقد غير اللازم ــ وهو ما فيه خيار ــ لا يُسمَّى إقالةً بل فسخاً ؛ لأنه لا يشترط فيه رضاهما " [٤].

---

(١) تعبير العقد الملزم مرادف للعقد اللازم .

(٢) بدران / **الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٥٠٤ .
وانظر: ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٥/٦ ؛ **مجلة الأحكام** (م : ١٤٤) : ١/ ٩٩٥ ؛ البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٢٣/٢ ؛ منلا خسرو / **مرآة الأصول** : ٣٨٩/٢ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٠٤/٢ ، ٤٠٠ .

(٣) والمراد بالنفاذ " ما أفاد الحكم للحال "[ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨٢/٥ . وانظر: البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٢٣/٢] .

(٤) **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٢١/٥ . وانظر: الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٧/٣ .

وفي هذا القيد بيان للنوع الثاني من العقود اللازمة وهي التي تقبل الفسخ ، وقيد ذلك باتفاق الطرفين على فسخ العقد ، وقبول هذا النوع من العقود اللازمة للفسخ إنما يكون بطريق الإقالة كما يأتي بيانه قريبا [١].

الفرع الثاني . الفرق بين الإلتزام واللزوم :

الالتزام هو أمر يقرره الإنسان باختياره ابتداء ، ويترتب عليه شغل ذمته بأمر جائز شرعا [٢].

أما اللزوم فهو أمر يقرره الشرع إذا توافرت شروط معينة في التصرف ، ويَترتَّب عليه إسقاط حق الرجوع عن التصرف بالنسبة لمن تقرر له [٣].

يقال إن عقد القرض غير لازم ، ويقصد بذلك إمكان رجوع المقرض عن العقد دون موافقة المقترض . ويقال إن عقد البيع لازم وكذا الإجارة ، ويقصدون بذلك عدم إمكان رجوع أيٍّ من المتعاقديْن عن العقد إلا نتيجة لما يعتريه من أسباب تُسوِّغ للعاقديْن أو أحدهما فسخ العقد .

---

(١) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٦/٥ .

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ٥٢ .

(٣) انظر : البخاري / **التوضيح على التنقيح** : ١٢٣/٢ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٥/٦ .
وانظر في لزوم التصرفات من جانبين أو لزومها من جانب واحد أو عدم لزومها : ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٥/٢ — ١٢٩ . وانظر : المبحث الثاني من هذا الفصل ، ص : ٢٥١-٢٥٣.

المطلب الثاني — في بيان المراد بالعقد غير اللاّزم (الجائز) .

ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول . تعريف العقد غير اللازم (الجائز) .

العقد غير اللازم (الجائز) هو : كل عقد يقبل الفسخ من طرفيه أو أحدهما ؛ لسبب من أسباب عدم اللزوم [١].

والمراد بقولنا (**لسبب من أسباب عدم اللزوم**) : الأسباب التي تجعل العقد غير لازم، وهي :

١ــ عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد كالوكالة ، فعدم اللزوم معناه : إمكان رجوع العاقد عن العقد وفسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك ، وتسمى هذه الطائفة عقودا غير لازمة ؛ لأن عدم اللزوم صفة ثابتة لها .

وتنقسم هذه الطائفة من العقود إلى أقسام ، حسب كون عدم اللزوم فيها مطلقا أو مقيدا ، وكونه أصليا أو استثنائيا [٢]، مما يأتي بيانه قريبا من خلال مباحث هذا الفصل .

٢ــ عدم اللزوم بسبب : سلب اللزوم عن العقد اللازم ؛ نتيجة لما يعتريه من أسباب تُسوِّغ للعاقديْن أو أحدهما فسخ العقد .

وترجع هذه الأسباب في الجملة إلى أمرين :

الأول : ضرورة احترام الشروط الشرعية لصحة العقد والتي يترتب على اختلال أحدها حالة الفساد في العقود ، وينتج عن ذلك سلب صفة اللزوم من العقد اللازم ؛ نظرا لما اعتراه من فساد بسبب فقدان أحد الشروط الشرعية لصحته .

الثاني : "ضرورة احترام إرادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة عن العقد " [٣]، كما في

---

(١) تنبيه : تجدر الإشارة إلى أن تعريفات الفقهاء للعقد الجائز كلها تدور حول بيان الأسباب التي تجعل العقد غير لازم ، لذلك فإن التعريف الأمثل للعقد الجائز هو ما ذكرته في المتن ، لشموله ، وهو مستفاد من نصوص الفقهاء .

انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٧٥/٦ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٧/٢ ، ٤٠٠ ؛ بدران /**الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود** : ٥٠٤ .

(٢) انظر: الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٤٤٨/١ .

(٣) المرجع السابق : ٤٥٨/١ .

حالة الخيارات العقدية كخيار الشرط [(١)] وخيار العيب [(٢)] ، أو عيوب الإرادة كالإكراه .

جاء في بدائع الصنائع : " حكم البيع نوعان : نوع يرتفع بالفسخ ، وهو الذي يقوم برفعه أحد العاقدَيْن ، وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الأربع [(٣)] والبيع الفاسد . ونوع لا يرتفع إلا بالإقالة ، وهو حكم كل بيع لازم ، وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار " [(٤)] .

الفرع الثاني - ضابط العقد الجائز :

يقول الفقهاء : الوكالة عقد جائز ، وكذلك الشركة والعارية والوديعة والقرض وغيرها ، ويريدون بذلك أنها ليست لازمة .

---

(١) خيار الشرط مركب إضافي من إضافة الشيء إلى سببه ، ويطلق في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت بالاشتراط لأحد العاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ .
أما جوازه فعليه جمهور الفقهاء ، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وقد نقل الإجماع على جوازه كثيرون منهم النووي وموفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة وغيرهم .
ولخيار الشرط أسماء أخرى منها : خيار التروي ، وهذا الإطلاق متداول كثيرا عند المالكية والشافعية أكثر من غيرهم . ومنها : الخيار الشرطي — بالوصفية لا بالإضافة — ، وهذا الإطلاق يستعمله المالكية كثيرا أيضا . ومنها بيع الخيار ، وهذا الإطلاق يقع على العقد الذي اقترن بخيار الشرط ، وهو متداول عند فقهاء المذاهب كلهم وخاصة المالكية .
[انظر: ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٦٥/٤ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٥٧/٢ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١٠٤٢/٢ ؛ الدسوقي/**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : ٩١/٣ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٣/٤ ؛ النووي / **المجموع** : ١٩٠/٩ ، ٢٢٥ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧٤/٤ — ٧٥ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٧١/٤] .

(٢) خيار العيب هو " أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب " . والعيب هو : ما ينقص قيمة المبيع عادة .
ويسمى الخيار الحكمي ؛ لأنه جرَّ إليه الحكم ، ويسمى أيضا بخيار النقيصة . ولا خلاف بين الفقهاء في جوازه .
[الجرجاني / **التعريفات** : ١٣٧ . وانظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٢٤/١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير** : ٩١/٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٦٠/٣ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥٠/٢ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٠٥/٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢١٥/٣ ، ٢١٨] .

(٣) الخيارات الأربع هي : خيار التعيين ، وخيار الشرط وخيار العيب ، وخيار الرؤية . [انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٢٨/٥ .

(٤) الكاساني : ٣٠٦/٥ .

وضابط ذلك : أن كل عقد ، للعاقد فسخه بكل حال ، إلا أن يؤول إلى اللزوم ، ولا يدخل على ذلك المبيع بشرط الخيار، فإنه أن يؤول إلى اللزوم ، وكذا إذا كان في المبيع عيب [1] .

* * * * *

(١) الزركشي / **البحر المحيط** (بتصرف): ٣١٩/١ ـــ ٣٢٠ . وانظر : الحموي / **غمز عيون البصائر** : ٤٣٧/٣؛ الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٧/٢ .

المبحث الثاني ــ أقسام العقد اللازم وغير اللازم (الجائز) .

وفيه مطلبان :

قبل الحديث عن أقسام العقد اللازم والجائز تجدر الإشارة إلى أن أقسام العقود بالنظر إلى اللزوم والجواز مما اتفق عليه ، وإن كان الخلاف يقع في بعض العقود [1] .

إذا علم هذا فإن بيان أقسام العقد اللازم وغير اللازم (الجائز) كما يلي :

المطلب الأول ــ في أقسام العقد اللازم [2] :

اللزوم قد يكون بالنسبة للمتعاقدَيْن وقد يكون بالنسبة لأحدهما ، فالعقد اللازم بالنظر إلى لزومه للمتعاقدَيْن أو أحدهما قسمان :

الأول ــ عقد لازم في حق الطرفين : وهذا القسم لا تتم مصالحه ومقاصده إلاّ بلزومه من طرفيه كالبيع والإجارة والأنكحة والأوقاف والضمان والهبات ، وهو قسمان :

أحدهما : عقد لازم في حق الطرفين لا يقبل الفسخ بطريق الإقالة ، كالنكاح[3] والخلع .

الثاني : عقد لازم في حق الطرفين يقبل الفسخ بطريق الإقالة ، وهذا القسم يشمل كل عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بأنواعه والإجارة والصلح والحوالة وغيرها .

---

(١) انظر: ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٦ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨٢/٥ ؛ القرافي / **الفروق** (الفرق : ٢٠٩) : ١٣/٤ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٥/٢ ــ ١٢٩ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧٥ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٦٠) : ١٠٤ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي**: ١٣٠/٤ ــ ١٣٣.

(٢) انظر: ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٦ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨٢/٥ ؛ حيدر / **درر الحكام** شرح (م: ١١٤) : ٩٦/١ ؛ القرافي / **الفروق** (الفرق : ٢٠٩): ١٣/٤ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٥/٢ ــ ١٢٩ ؛ الشرقاوي / **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب** : ٥/٢ ــ ٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧٥ ؛ **الحاوي** : ٣٢/٦ ــ ٣٤ .

وذكر النووي تقسيما آخر للعقود اللازمة وذلك في معرض بيانه لما يثبت فيه خيار المجلس من العقود ، فقال : " العقود اللازمة وهي نوعان واردة على العين وواردة على المنفعة والأول كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة .... النوع الثاني العقد الوارد على المنفعه فمنه النكاح " [**المجموع** : ١٧٥/٩ ، ١٧٨] .

(٣) جاء في **المنثور في القواعد** في تقسيم العقد باعتبار الجواز واللزوم : ٣٩٩/٢ : " الخامس لازم من أحدهما وفي الآخر خلاف ، كالنكاح لازم من جهة المرأة وفي الزوج وجهان : أحدهما : جائز لقدرته على الطلاق ، وأصحهما لازم كالبيع ، وقدرته على الطلاق ليست تجوزا إنما هو تصرف في المعقود عليه ، ولا يلزم منه الجواز كما أن المشتري يملك التصرف في المبيع " .

الثاني — عقد لازم في حق أحد الطرفين فقط غير لازم في حق الطرف الآخر [١]، كعقد الرهن والكفالة ، فالعقد لازمٌ بالنسبة للراهن والكفيل ، وعلى ذلك ليس للراهن فسخ العقد من غير رضا المرتهن وكذلك الكفيل ليس له فسخ العقد من غير رضا المكفول له ، بخلاف المرتهن والمكفول له فإن كلاهما غير ملتزم ، ومن حقه الاستقلال بفسخ العقد من غير رضا الآخر .

واللازم نوعان : لازم من جهة الموجب جائز من جهة القابل ، وعكسه يتصور في الهبة للأولاد [٢].

المطلب الثاني — في أقسام العقد غير اللازم [٣].

العقد قد يكون غير لازم بالنسبة لطرفيه ، وقد يكون غير لازم بالنسبة لأحدهما ، لازماً بالنسبة للآخر ، فالعقد غير اللازم بالنظر إلى عدم لزومه للمتعاقدين أو أحدهما ينقسم إلى قسمين :

أحدهما — عقد غير لازم أصلاً بحق كلا الطرفين ، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالعقد الجائز ، وهذا القسم مصلحته في جوازه من طرفيه ، كالشركة والوكالة والمضاربة والوصية والعارية والإيداع والقرض وسائر الولايات إلا الإمامة العظمى .

الثاني — عقد غير لازم في حق أحد الطرفين فقط : وهذا القسم مصلحته في جوازه من أحد طرفيه ولزومه من الطرف الآخر ، كعقد الرهن والكفالة ، وقد تقدم بيانه في القسم الثاني من أقسام العقد اللازم .

---

(١) فهذا القسم يدخل في العقود اللازمة ، والعقود غير اللازمة ؛ لأن اللزوم قد يكون بالنسبة لطرف واحد ، فيكون العقد جائزا في حق الطرف الآخر ، فيجمع العقد بين اللزوم والجواز .

(٢) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٣٩٨/٢ — ٣٩٩

(٣) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٦ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨٢/٥ ؛ حيدر / **درر الحكام** شرح (م: ١١٤) : ٩٦/١ ؛ القرافي / **الفروق** (الفرق : ٢٠٩): ١٣/٤ ؛ ابن عبد السلام / **قواعد الأحكام** : ١٢٧/٢ — ١٢٩ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٧٥ ؛ النووي / **المجموع** : ١٧٥/٩ ؛ الشرقاوي / **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب** : ٤/٢ ، ٦ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٣٢/٦ — ٣٣ .

جاء في **كشاف القناع** : ٥٣٧/٣ — ٥٣٨ : " والمساقاة والمزارعة عقدان جائزان من الطرفين . .. ولكل منهما فسخها أي المساقاة أو المزارعة متى شاء . لأنه شأن العقود الجائزة " .

وإذا فالعقود بالنظر إلى اللزوم والجواز على أربعة أقسام :

الأول : عقد لازم في حق الطرفين لا يقبل الفسخ بطريق الإقالة .

الثاني : عقد لازم في حق الطرفين يقبل الفسخ بطريق الإقالة .

الثالث : عقد لازم في حق أحد الطرفين فقط .

الرابع : عقد غير لازم بحق كلا الطرفين ، وهو ما يُعبِّر عنه الفقهاء بالعقد الجائز .

* * * * *

المبحث الثالث ــ متى تثبت صفة اللزوم في العقود اللازمة ؟

متى اكتسب العقد صفة اللزوم لم يكن من حق أي من طرفيه فسخه دون رضا الطرف الآخر ، إذ لو كان العقد بعد تمامه متوقّفا على إرادة أحد عاقديه لم يكن لصفة اللزوم معنى ، ولما كان للعقد اللازم فائدة .

ولكن متى يكتسب العقد صفة اللزوم ؟

لا خلاف بين الفقهاء في أن الإيجاب والقبول المؤثرَيْن في اللزوم يجب ألا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس ، فلو قال البائع : قد بعت سلعتي بكذا ، فسكت المشتري و لم يقبل البيع حتى افترقا ، ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت ، فلا يلزم ذلك البائع ؛ لأن القبول وارد على غير إيجاب [1].

ولا خلاف بين الفقهاء في أن ثبوت صفة اللزوم في العقود اللازمة بطبيعتها إنما يتحقق بإنشائها وتمامها ، واستثنى الشافعية والحنابلة [2] ما كان منها في معنى البيع فذهبا إلى ثبوت خيار المجلس فيها ، أي أن هذا النوع من العقود اللازمة لا يلزم إلا بتفرق العاقدين بأبدانهما وانتهاء المجلس ، أما قبل تفرقهما فلا يلزم ، إذ يكون لكل منهما حق فسخه ما داما في المجلس .

وسبب مخالفة الشافعية ، والحنابلة في هذا الضرب من العقود هو قولهم بثبوت خيار المجلس خلافا للحنفية والمالكية الذين ينكرون خيار المجلس ؛ لمنافاته لطبيعة العقد اللازم ، ذلك أن صفة العقد الإلزام ، ولا إلزام مع ثبوت حق الرجوع للعاقدين .

وإذا فاختلاف الفقهاء في ثبوت صفة اللزوم في العقود اللازمة إنما هو في طائفة منها ، وهي ما كان منها في معنى البيع .

ويقتضي المقام ذكر اختلاف الفقهاء تفصيلا في خيار المجلس ، وذلك حتى يتجلى بوضوح : متى تثبت صفة اللزوم في العقود اللازمة ؟

اختلف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس على قولين :

---

(١) ابن رشد / **بداية المجتهد** (بتصرف) : ١٢٨/٢ .

وانظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٣٧/٥ ؛ الحطاب / **مواهب الجليل** : ٢٤٠/٤ ــ ٢٤١ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥/٢ــ ٦ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٤٧/٣ ــ ١٤٨ .

(٢) انظر: الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٣/٢ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٣/٤ ــ ٥ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٦٧/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٣٠/٤ .

الأول ـــ ذهب الحنفية والمالكية وطائفة من أهل المدينة [١] ، إلى إنكار خيار المجلس ، فالعقد يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفترق العاقدان .

الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة [٢] إلى القول بخيار المجلس ، فيثبت لكل من المتعاقدين خيار الرجوع بعد صدور القبول وتمام العقد ما دام مجلس العقد قائماً .

وهو قول إسحاق [٣] وأبي ثور [٤] وداود [٥] ، وابن المبارك [٦] وجماعة من التابعين ،

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٢٨/٥ ؛ القرافي / **الفروق** : ٢٦٩/٣ ؛ مالك / **الموطأ** : ٥١٨/٢ ؛ الباجي/ **المنتقى** : ٥٥/٥ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٢٠/٥ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٨/٢ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٥٩/٢ ؛ **حلى المعاصم** : ٥٩/٢

(٢) انظر: الشربيني/ **مغني المحتاج** : ٤٣/٢ ؛ الماوردي /الحاوي: ٣٤/٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧/٤ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٩٨/٣ .

(٣) **إسحاق بن إبراهيم بن مَخْلد من بني حنظلة من تميم ، ابن راهويه (١٦١ – ٢٣٨هـ)** : أبو يعقوب ، من أكبر علماء خرسان في عصره . وهو أحد كبار الحفاظ . طاف البلاد لجمع الحديث ، وأخذ عنه الإمام أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم . قال فيه الخطيب البغدادي (اجتمع له الفقه والحديث والحفظ والصدق والورع والزهد) . استوطن نيسابور وتوفي بها . من مصنفاته : المسند .
[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (١٩٠/١-١٩٢) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٢٩٢/١)] .

(٤) **إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكَلْبي ، أبو ثَوْر (– ٢٤٠هـ)** : فقيه من أصحاب الإمام الشافعي . من أهل بغداد . قال ابن حبان: " كان أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وورعاً وفضلاً ، صنَّف الكتب وفرّع على السُّنن ، وذب عنها " . له كتب منها : كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي .
[انظر : الذهبي / **تذكرة الحفاظ** : (٥١٢/٢-٥١٣) ؛ ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (١٠٢/١-١٠٣) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣٧/١)] .

(٥) **داود بن علي بن داود بن خلف الأصفهاني ، الملقب بالظَّاهِري (٢٠١ – ٢٧٠ هـ)** : أبو سليمان ، أحد الأئمة المجتهدين في الإسلام . تُنسَبُ إليه الطائفة الظاهرية ، وسميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنة وإعراضها عن التأويل والرأي والقياس . وكان داود أول من جهر بهذا القول . وهو أصفهاني الأصل من أهل قاشان " بلدة قريبة من أصبهان " ومولده في الكوفة ، سكن بغداد ، وانتهت إليه رئاسة العلم فيها . وله تصانيف أورد ابن النديم أسماءها في زهاء صفحتين ، توفي ببغداد .
[انظر : ابن النديم / **الفهرست** : (٣٦٢-٣٦٤) ؛ **الأعلام** : (٣٣٣/٢) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (١٣٩/٤)] .

(٦) **عبد الله بن المبارك الحنظلي بالولاء ، المروزي (١١٨ ـــ ١٨١ هـ)** : أبو عبد الرحمن ، أمه خوارزمية وأبوه تركي . جمع العلم والفقه والأدب والنحو واللغة والشعر والزهد والفصاحة والورع وقيام الليل والعبادة والسداد في الرواية وقلة الكلام فيما لا يعنيه وقلة الخلاف على أصحابه ، كان إماما ثقة مأمونا حجة كثير الحديث . صاحب أبا حنيفة وسمع السفيانين وسليمان التميمي وحميدا الطويل . حدث عنه : عبد الرحمن بن مهدي ويحي بن معين وأحمد بن حنبل . مات بهيت . من تصانيفه : ((تفسير القرآن)) و ((الدقائق في الرقائق)) و ((رقاع الفتاوى)) . =

ومن الصحابة ابن عمر وأبي برزة الأسلمي [1] ، ولا مخالف لهما من الصحابة [2].

وعلى هذا فالعقد إنما يلزم بانقضاء خيار المجلس ، وقطع هذا الخيار يكون بالافتراق[3]، أو بالتخاير بين العاقدين بعد العقد في المجلس ، فينقطع الخيار ويلزم العقد من الطرفين إنْ خيَّر أحدهما صاحبه فاختار إمضاء العقد أو إلزامه ، وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده [4].

الأدلة :

أولاً ـ أدلة الحنفية والمالكية :

استدل الحنفية والمالكية على أن العقد يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفترق العاقدان بأبدانهما بالكتاب ، والمعقول .

أولاً ـ من الكتاب :

١ــ قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ﴾ [5] .

ـ [انظر : القرشي / **الجواهر المضية** : ٢٨١/١ ؛ اللكنوي / **الفوائد البهية** : ١٠٣ ؛ الذهبي / **تذكرة الحفاظ** : ٢٥٣/١ ؛ ابن العماد / **شذرات الذهب** : ٢٩٥/١ ؛ البغدادي / **هداية العارفين** : ٤٣٨/٥] .

(١) **نَضْلة بن عُبيد بن الحارث الأَسْلَمي ، مشهور بكنيته أبو بَرْزَة (– بعد ٦٥ هـ)** : صحابي ، أسلم قبل الفتح ، وغزا سبع غزوات ، كان من سكان المدينة ثم نزل البصرة . وشهد مع علي قتال أهل النهروان ، ثم شهد قتال الأزارقة مع المهلب بن أبي صفرة . ومات بخرسان أيام يزيد بن معاوية . روى عنه الحسن البصري ، وأبو العالية الرياحي ، وعبد الله بن بريدة ، وغيرهم . له (٤٦) ست وأربعون حديثاً .
[انظر : ابن حجر / **الإصابة** : (٥٥٦/٣-٥٥٧) ؛ ابن الأثير / **أسد الغابة** : (٥٤٥/٤-٥٤٦) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٥٦٣،٦٢١) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٣٣/٨)] .

(٢) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٨/٢ ؛ النووي / **المجموع** : ١٨٤/٩ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧/٤ .

(٣) وحده ورد مطلقا في الشرع فيرجع فيه إلى العرف . [انظر : الماوردي / **الحاوي**: ٥٠/٦] .

(٤) وهو القول المختار ، ولمزيد من التفصيل [انظر : الماوردي / **الحاوي**: ٥١/٦ ؛ النووي/ **المجموع** : ١٧٩/٩ ؛ الشربيني/ **مغني المحتاج** : ٤٤/٢ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٢/٤]

(٥) سورة المائدة ، الآية : ١ .

وجه الدلالة من الآية :

هذه الآية الكريمة من أظهر الظواهر التي استدلوا بها على صحة مذهبهم فقالوا : أمر الله عز وجل في الآية الكريمة بالوفاء بالعقود ، والعقد هو الإيجاب والقبول ، والأمر يفيد الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ؛ لأن للعاقد أن يرجع في عقده بعد ما أتمه ما لم يتفرقا [١].

٢ـ قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالباطلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [٢].

وجه الدلالة من الآية :

أباح الله سبحانه وتعالى الأكل بالتجارة عن تراض مطلقا عن قيد التفرق عن مكان العقد ، فدل ذلك على أن العقد إنما يلزم بالقول ولا يشترط التفرق من مجلس العقد [٣].

ثانيا ـ من المعقول :

١ـ إنَّ عَقْدَ البيع وما في معناه ، عقود معاوضة ، فلم يكن للخيار فيها أثر أصلها سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهن والصلح عن دم العمد [٤].

٢ـ "ولأن البيع من العاقديْن صدر مطلقاً ، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال ، فالفسخ من أحد العاقديْن يكون تصرفا في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع ، والإبطال من غير رضا الآخر لا يجوز ؛ ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والإقالة بعد الافتراق ، كذا هنا " [٥].

٣ـ ولأن خيار المجلس مجهول العاقبة ، فليس له ضابط إلا الافتراق وقد يطول وقد يقصر ، وكل ما كان مجهول النهاية في الزمان من خيار الشرط المصرَّح به مجمع على بطلانه ، فمن الأولى بطلان ما لم يُصرَّح به في العقد وهو خيار المجلس [٦].

---

(١) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/١٢٨ ـ ١٢٩ ؛ القرافي / **الفروق** : ٣/٢٧٢.

(٢) سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

(٣) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٢٢٨.

(٤) ابن رشد / **بداية المجتهد** (بتصرف) : ٢/١٢٩ .

(٥) الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٢٢٨ .

(٦) انظر: القرافي / **الفروق** : ٣/٢٧٢ .

ثانيا ـ أدلة الشافعية والحنابلة ، ومن وافقهم :

عمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مَالِك عَنْ نَافِعٍ عَنْ عَبْدِاللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّـــهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَـمْ يَتَفَرَّقَا ، إِلا بَيْعَ الْخِيَارِ)) [١]

وفي بعض الروايات : ((أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ)) [٢] .

وجه الدلالة من الحديث :

الحديث ظاهر الدلالة بأن العقد بعد تمامه يكون غير لازم ما دام العـــاقدان في مجلـــس العقد ، فإذا تفرقت المجالس فلا خيار ، والمراد بالتفرق أن يتفرقا بأبدانهما [٣]، وكَانَ ابـــن عمر إِذَا بَايَعَ رَجُلا فَأَرَادَ أَنْ لا يُقِيلَهُ قَامَ فَمَشَى هُنَيَّةً ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ [٤] ، وذلك ليتم التفـــرق الذي جعل حدا لخيار المجلس .

وعن ابْنَ عُمَرَ رضي الله عنه أن رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : ((كُلُّ بَيِّعَيْنِ لا بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّـى يَتَفَرَّقَا إِلا بَيْعُ الْخِيَارِ)) [٥] . وهذا نص في محل النزاع .

---

(١) متفق عليه من حديث ابن عمر وحكيم ابن حزام رواه البخاري ومسلم وغيرهما بألفاظ متقاربـــة ، واللفـــظ للبخاري .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥٥/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقـــا (٤٤) ، حديث(٢١١١) .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٦٣/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديـــث (١٥٣١/٤٣) .

(٢) البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥٤/٥ ــ ٥٥ ، كتاب البيوع(٣٤) ، باب إذا لم يؤقت الخيار هل يجوز البيع (٤٣)، حديث (٢١٠٩) .

(٣) انظر : الشيرازي / **المهذب** : ٢٥٧/٢ ــ ٢٥٨ .

(٤) رواه البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر ، واللفظ لمسلم .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٥٣/٥ ، كتاب البيوع(٣٤) ، باب كم يجوز الخيار (٤٢) ، حديث (٢١٠٧) .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٦٣/٣ ــ ١١٦٤ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديث (١٥٣١/٤٥) .

(٥) متفق عليه .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٦٢/٥ ، كتاب البيوع (٣٤) ، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع (٤٦) ، حديث (٢١١٣) .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٦٤/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديـــث (١٥٣١/٤٦) .

وعَنْ أَبِي الْوَضِيءِ [١] قَالَ : غَزَوْنَا غَزْوَةً لَنَا فَنَزَلْنَا مَنْزِلاً ، فَبَاعَ صَاحِبٌ لَنَا فَرَسًا بِغُلامٍ ثُمَّ أَقَامَا بَقِيَّةَ يَوْمِهِمَا ولَيْلَتِهِمَا ، فَلَمَّا أَصْبَحَا مِنَ الْغَدِ حَضَرَ الرَّحِيلُ فَقَامَ إِلَى فَرَسِهِ يُسْرِجُهُ فَنَدِمَ ، فَأَتَى الرَّجُلَ وأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ فَأَبَى الرَّجُلُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ . فَقَالَ : بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَبُو بَرْزَةَ صَاحِبُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَتَيَا أَبَا بَرْزَةَ فِي نَاحِيَةِ الْعَسْكَرِ فَقَالا لَهُ هَذِهِ الْقِصَّةَ ، فَقَالَ : أَتَرْضَيَانِ أَنْ أَقْضِيَ بَيْنَكُمَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا)) وفي رواية أَنَّهُ قَالَ : مَا أَرَاكُمَا افْتَرَقْتُمَا [٢] .

وفي المسألة أحاديث كثيرة استدل بها الشافعية والحنابلة ومن وافقهم على ثبوت خيار المجلس ما لم يفترق العاقدان بأبدانهما .

المناقشة :

أولاً ـ مناقشة أدلة الحنفية ، والمالكية :

١ ــ أما الظواهر التي يحتجون بها على صحة مذهبهم ، ومنها قوله تعالى :﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [٣] ، فتخصص بقوله ﷺ : ((الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إلا بَيْعَ الْخِيَارِ)) [٤] جمعا بين الأدلة [٥].

٢ــ أما ما استدلوا به من القياس فيناقش بأنه ، يلزمكم بالقول بهذا القياس مع ثبوت الحديث أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الحديث [٦] .

---

(١) **عبَّاد بن نُسَيب ، بالنون والمهملة والموحدة ، مصغراً ، القيسي ، المشهور بكنيته أبي الوَضِيء، بفتح الواو وكسر المعجمة المخففة مهموز** : ويقال : اسمه عبد الله . روى عن علي وكان على شرطته ، وعن أبي برزة الأسلمي . وروى عنه : جميل بن مرة الشيباني ، ويزيد بن أبي صالح ، وغيرهما . حكم عليه ابن حجر بكونه ثقة ، وذكر أن ابن معين وثقه ، وذكره ابن حبان في الثقات .

[انظر : ابن حجر / **تهذيب التهذيب** : (٩٤/٥) ؛ ابن حجر / **تقريب التهذيب** : (٢٩١ ، ٦٨٢)] .

(٢) رواه أبو داود . قال النووي عنه في **المجموع** :(١٨٥/٩): إسناده صحيح .

أبو داود ، **السنن** : ٧٣٦/٣ ، كتاب البيوع والإجارات (١٧) ، باب في خيار المتبايعين (٥٣) ، حديث (٣٤٥٧) .

(٣) سورة المائدة : آية ١ .

(٤) تقدم تخريجه ، ص : ٢٥٨.

(٥) انظر : المكي / **تهذيب الفروق** : ٢٨٢/٣ .

(٦) ابن رشد / **بداية المجتهد** (بتصرف) : ١٢٩/٢ . قال ابن رشد " وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإن كان قد رُوِي عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة " .

ورد الحنفية والمالكية على هذا الاعتراض ، بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين .

أما حديث : ((الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إلا بَيْعَ الْخِيَارِ)) [(١)] ففيه تأويلان :

أحدهما : أن المراد بالمتبايعين في الحديث المذكور المتساومان اللذان لم ينفذ البيع بينهما ؛ لأن المتبايعين يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ، فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع ، فإن قال البائع بعتك كذا فله أن يرجع ما لم يقبل المشتري ، وللمشتري ألاّ يقبل ، وإذا قال المشتري اشتريت منك كذا ، فله الرجوع أيضا قبل صدور القبول من البائع ، وللبائع ألاّ يقبل [(٢)].

وأجيب عن هذا ، بأنه باطل من وجوه :

الأول : أن لفظ الحديث لا يحتمل ما قالوه ، لأنه ليس بين المتعاقدين تفرق بلفظ إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه .

الثاني : أنه على هذا التأويل لا يكون للحديث فائدة ؛ لأنه معلوم من دين الأمة أن المتعاقدين بالخيار ما لم يقع بينهما عقد بالقول .

الثالث : أنه قد ثبت في بعض الروايات قوله ﷺ : ((إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا وَكَانَا جَمِيعًا أَوْ يُخَيِّرُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ يَتَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ)) [(٣)] ، فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما ، فكان تأويلهم للحديث وحمله على أن المتعاقدين بالخيار قبل العقد ، غير صحيح [(٤)].

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٢٥٨.

(٢) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٢٨/٥ ؛ الباجي / **المنتقى** : ٥٥/٥ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٩/٢

(٣) متفق عليه .

البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٦١/٥ ، كتاب البيوع ، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع (٤٥) ، الحديث (٢١١٢) .

مسلم ، **الصحيح** : ١١٦٣/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١٠) ، حديث (٤٤/١٥٣١) .

(٤) انظر: ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/ ١٢٩ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٤/٨ — ٩ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٩٨/٣ .

التأويل الثاني : أن التفرق في الحديث هو كناية عن الافتراق بالقول لا بـــالأبدان [١].

جاء في المنتقى : " ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع بإتمام الإيجاب والقبول ويكون معنـله أن تفرقهما قد حصل بأن استبد المبتاع بما ابتاعه والبائع بثمنه " [٢] .

وأجيب عن ذلك من أوجه :

الأول : أنه قد ثبت في بعض الروايات أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلا أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ ، وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ)) [٣] .

" وَمَعْنَى هَذَا أَنْ يُفَارِقَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ وَلَوْ كَانَتِ الْفُرْقَةُ بِالْكَلامِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ بَعْدَ الْبَيْعِ لَمْ يَكُنْ لِهَذَا الْحَدِيثِ مَعْنًى حَيْثُ قَالَ ﷺ ((وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ)) " [٤].

الثاني : إن هذا مجاز لا حقيقة ، والحقيقة هي التفرق بالأبدان ، ووجـــه الــترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى [٥].

الثالث : إن راوي الحديث ابن عمر — وهو من أهل الاجتهاد والفقه — قد فـــهم أن المراد بالتفرق هو التفرق بالأبدان ولذا كان إذا أراد أن يكون البيع نافذا مشى قليلا ثم رجع، فيكون تفسيره للحديث بفعله حجة مانعة من الاحتمال [٦].

وأما قياسهم على النكاح والخلع فالجواب عنه ، " أنه ليس المقصود منهما المال فـــلا يفسدان بفساد العوض بخلاف البيع " [٧].

وأما قولهم أن خيار المجلس مجهول العاقبة فليس له ضابط إلا الافتراق وقد يطول وقـــد يقصر فالجواب عنه ، " أن الخيار الثابت شرعا لا يضر جهالة زمانه كخيار الـــرد بـــالعيب والأخذ بالشفعة بخلاف خيار الشرط فإنه يتعلق بشرطهما فاشترط بيانه "[٨]

---

(١) انظر: ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٩/٢ ؛ التسولي / **البهجة شرح التحفة** : ٥٩/٢ .

(٢) الباجي : ٥٥/٥ .

(٣) قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ .

الترمذي ، **السنن** : ٥٥٠/٣ ، كتاب البيوع (١٢) ، باب ماجاء في البيعين بالخيار مـــا لم يتفرقـــا (٢٦) ، حديث (١٢٤٧) .

(٤) المرجع السابق . وانظر : النووي / **المجموع** : ١٨٧/٩ — ١٨٨ .

(٥) انظر: ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٢٩/٢ .

(٦) انظر : النووي / **المجموع** : ١٨٧/٩ .

(٧) المرجع السابق : ١٨٨/٩ .

(٨) المرجع السابق.

ثانيا ـ مناقشة أدلة الشافعية ، والحنابلة :

الذي اعتمد عليه الإمام مالك رحمه الله في رد العمل بالحديث الذي استدل به الشافعية والحنابلة وهو ((الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إلا بَيْعَ الْخِيَارِ)) [١] ، مخالفته لعمل أهل المدينة ، مع أنه قد عارضه عنده ما رواه أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يُحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَّانِ)) [٢].

فكأنه حمل هذا الحديث على عمومه ، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس، ولو كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف في المجلس ؛ لأن البيع لم ينعقد بعد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس [٣].

قال النووي معترضا على رد الإمام مالك العمل بهذا الحديث لمخالفته عمل أهل المدينة : " أما قول مالك فهو اصطلاح له وحده منفردا به عن العلماء فلا يقبل قوله في رد السنن لترك فقهاء المدينة العمل بها وكيف يصح هذا المذهب ، مع العلم بأن الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا في عصره ولا في العصر الذي قبله منحصرين في المدينة ولا في الحجاز بل كانوا متفرقين في أقطار الأرض " [٤].

وقالوا أيضا في رد العمل بحديث ((الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إلا بَيْعَ الْخِيَارِ)) ، أنه إن ثبت مع كونه في حد الآحاد فهو مخالف لظاهر الكتاب ، لذا وجب حمل الخيار المذكور في الحديث على خيار المتساومَيْن توفيقاً بين الأدلة [٥]. وقد سبق بيان تأويلهم للحديث والرد عليهم .

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٢٥٨.

(٢) مالك ، **الموطأ** : ٥١٨/٢ ، كتاب البيوع (٣١)، باب بيع الخيار (٣٨) ، حديث (٨٠) .

قال ابن رشد : " وهذا الحديث منقطع ، ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن يتبنى هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسندا فيما أحسب . فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث " [**بداية المجتهد** : ١٢٨/٢] .

والصحيح أن الحديث مرفوع عن النبيﷺ لا من قول ابن مسعود . وكذلك في الموطأ الذي عزاه إليه عن مالك .

(٣) ابن رشد / **بداية المجتهد** (بتصرف): ١٢٨/٢ .

(٤) **المجموع** : ١٨٦/٩ .

(٥) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٢٨/٥ .

الترجيح :

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء وأدلتهم أرى أن الراجح — والله أعلم — هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بخيار المجلس ، فيثبت لكل من المتعاقديْن خيار الرجوع بعد صدور القبول وتمام العقد ما دام مجلس العقد قائماً ، وذلك للأسباب الآتية :

أولا : القول بما ذهب إليه الحنفية والمالكية من شأنه أن يُضيِّق كثيرا من نطاق التعامل.

ثانيا : قوة ما استدل به الشافعية والحنابلة ومن وافقهم ، والرد على أدلة المخالفين بحيث لا تقوى على النهوض ، وأيضا الرد على الاعتراضات الموجهة لأدلتهم من قبل المخالفين كما تقدم من خلال مناقشة الأدلة .

* * * * *

المبحث الرابع ــ الخيارات وأثرها في العقود اللازمة :

لا خلاف بين الفقهاء أن الخيار يمنع لزوم العقد بالنسبة لمن له الخيار حتى يبت فيه بالإمضاء فيلزم ، فالعقد المشتمل على الخيار يستوي في الصفة مع العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة ومع هذا لا يصعب التمييز بينهما ؛ لأن عدم اللزوم في تلك العقود ناشئ عن طبيعتها الخاصة ، أما في الخيارات فعدم اللزوم طارئ بسببها ؛ لأن الأصل في العقد اللزوم والخيار حالة طارئة على العقد وليس مما تقتضيه طبيعة العقد [1] .

قال ابن عابدين :" فإن الأصل في العقد اللزوم من الطرفين ولا يثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو في مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك " [2].

وكذلك فإن حكم الفسخ في الخيارات عند الحنفية والمالكية [3] مستند أي له انعطاف وتأثير رجعي فينسحب الانفساخ على الماضي فيجعل العقد كأنه لم ينعقد .

وذهب بعض فقهاء المالكية ، والأصح عند الشافعية ، والمذهب عند الحنابلة [4] ؛ إلى أن الفسخ رفع للعقد من حينه كالرد بالعيب وسائر الفسوخ .

أما في العقود غير اللازمة فليس للفسخ تأثير رجعي ، ولا علاقة له بالتصرفات السابقة ، كالوكالة والشركة وغيرها من العقود الجائزة فإذا وقع الفسخ في هذه الطائفة من

---

(١) انظر : القرافي / **الفروق** (ف : ١٩٦) : ٢٦٩/٣ ، (ف : ٢٠٩) : ١٣/٤ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٢٠/٥ ، ٥٥/٦ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٢/ ١٤٦ وما بعدها ، ٤٠٠، ٤٠١ ؛ النووي / **المجموع** : ١٧٥/٩ ،١٩٠-١٩١ ، ١٩٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٩٨/٣-٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢١١-٢١٢ ، ٢١٤ ، ٢١٨ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧/٤ ، ٧٣.

(٢) **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٦٥/٤ .

(٣) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٩٥/٢ ؛ ابن قاض سماوه / **جامع الفصوليين** : ٣٣٣/١ ؛ القرافي / **الفروق** (الفرق: ٥٦) : ٢٧/٢ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** : ٣٥/٢ ؛ الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** : ٣٤٨ ، ٣٥٤ ؛ البغدادي/ **المعونة** : ١٠٤٣/٢ .

(٤) انظر : الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** : ٣٤٨ ، ٣٥٤ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٨/٣ ــ ٤٩ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٩٢ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٩١/٣ ؛ الشربيني/ **مغني المحتاج** : ٤٩/٢ ، ٦٦ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٤٨١/٤ ــ ٤٨٢ ؛ القاري / **مجلة الأحكام الشرعية** (م:٢٥٦) : ١٢٩ ؛ ابن رجب /**القواعد في الفقه الإسلامي** (٣٦): ٤٦ .

وهذا الخلاف يخرج على قاعدة ذكرها ابن رجب في قواعده ، فقال : " من استند تملكه إلى سبب مستقر لا يمكن إبطاله وتأخر حصول الملك عنه ، فهل ينعطف أحكام ملكه إلى أول وقت انعقاد السبب ويثبت أحكامه من حينئذ ، أم لا يثبت من حين ثبوت الملك ؟ فيه خلاف وللمسألة أمثلة كثيرة

ومنها : الفسخ بالعيب والخيار ، فإنه يستند إلى مقارن للعقد فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وفيه خلاف معروف " . [**القواعد في الفقه الإسلامي** : (القاعدة ١١٦) : ٢٥٥] .

العقود فإن العقد يرتفع من حينه ، وهذا يقتضي أن الفسخ في العقود الجائزة لا علاقة له بما انقضى من التزامات عقدية ، مع مراعاة ما يشترطه بعض الفقهاء حين الفسخ من نضوض رأس المال [(١)] في المضاربة ، وكتعلق حق الغير بالوكالة [(٢)].

وإذا فمن شروط لزوم العقد خُلُوّه من أحد الخيارات التي تُسوِّغ لأحد العاقديْن فسخ العقد والتي تثبت إما بإيجاب الشرع كخيار الرؤية عند القائلين به [(٣)] ، وخيار العيب ، أو باشتراط العاقد كخيار الشرط ، مع ملاحظة أن خيار القبول لا يتعلق بلزوم العقد بل بانعقاده [(٤)] .

---

(١) نض المال : أي صار نقدا بعد أن كان متاعا ، كحاله وقت ابتداء العقد . [انظر : ابن الأثير / **النهاية في غريب الحديث والأثر** : ٧٢/٥ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٥٠٦/٣] .

(٢) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٤٢٤) : ٤٨١/١٠ ، (م : ١٥٢١) : ٦٥٧/١١ ، (م : ١٥٢٢) : ٦٥٩/١١ ، (م : ١٥٢٧) : ٦٦٤/١١ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ١٧٧/٢ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢٢٧/٢ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٩ ، ٢٩٢ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٦٠) : ١٠٥ — ١٠٦ ؛ البهوتي / **منتهى الإرادات** : ٣٠٥/٢ .

(٣) خيار الرؤية هو " أن يشتري ما لم يره ويرده بخياره " . [الجرجاني / **التعريفات** : ١٣٧] .

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الخيار : فمذهب الحنفية و الشافعي في القديم ورواية عن الإمام أحمد ، ثبوت خيار الرؤية بحكم الشرع من غير حاجة إلى اشتراط .

ومذهب المالكية عدم ثبوت خيار الرؤية ، إلا إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة ، فيجوز بيعها على الصفة ، وللمشتري خيار الوصف إذا كانت العين على غير ما وصفت . ويغني عن الوصف رؤية متقدمة ، إذا لم تتغير العين عن وقت الرؤية . فإذا لم توصف العين وصفا يميزها عن غيرها ، أو وصفت ولكنها كانت على غير ما وصفت ، ولم يسبق للمشتري رؤيتها ، لم يجز البيع إلا إذا اشترط المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع ، أما إذا لم يشترط الخيار ، فالبيع باطل .

وإذا فخيار الرؤية عند المالكية لا يثبت إلا بالشرط ، فهو لا يثبت بحكم الشرع بل هو إرادي محض يجب على العاقد اشتراطه في بعض صور بيع الغائب .

ومذهب الشافعي في الجديد والصحيح من مذهب الحنابلة عدم ثبوت خيار الرؤية ، فإذا اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، أو رآه ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السلم ، لم يصح البيع .

[انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٩٢/٥ ؛ ابن عابدين / **حاشيته رد المحتار على الدر المختار** : ٥٩٤/٤ — ٥٩٥ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ٢/ ١١٦ — ١١٧ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٦٩ — ١٧٠ ؛ البغدادي / **المعونة** : ٩٧٨/٢ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ١٨/٦ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٦٣/١ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٢٩٥/٤ — ٢٩٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٧٧/٤] .

(٤) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٢٨/٥ ؛ **مجلة الأحكام** (م: ١١٤) : ٩٥/١ ؛ حيدر / **درر الحكام** : ١٣٢/١ ، ٢٤٢ — ٢٤٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٧/٢ ، ٤٠٠ ؛ الزرقا / **المدخل الفقهي العام** : ٤٥٨/١ ؛ السنهوري / **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** : ١٩٨/٤ .

وانظر من هذا البحث ، ص : ٦٤ .

وقد سبق أن أشرت في شرح تعريف العقد اللازم إلى أن سلب اللزوم عن العقد اللازم قد يكون نتيجة لما يعتريه من أسباب تُسوِّغ للعاقديْن أو أحدهما فسخ العقـــد ، ومنـــها : ضرورة احترام إرادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة عن العقد ، كمـــا في حالـــة الخيـــارات العقدية ، والتي شرعت رفعا للحرج الذي قد يلحق أحد المتعاقديْن أو كليهما في حالة لـــزوم العقد وعدم فسخه .

وهذه الخيارات منها ما ورد به نص خاص ، كخيار الشرط ، فقد روى عَبْدِ اللَّهِ بْـــنِ عُمَرَ رَضِي اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَجُلاً ذَكَرَ لِلنَّبيِّ ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ فَقَالَ : ((إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لا خِلابَةَ)) [١] ، وفي لفظ آخر زيادة : ((ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلاثَ لَيَـــالٍ فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا)) [٢] .

وأيضا خيار الرؤية ، ودليل مشروعيته قوله ﷺ ((من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيـــار إذا رآه)) [٣] .

ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة ، كخيار العيب ، فإن السلامة شرط في العقـــد دلالة فهي طلب المشتري عادة ؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعـــه إلا بقيـــد السلامة ، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فكانت السلامة مشـــروطة في العقد دلالة ، فكانت كالمشروطة نصا ، فلما لم توجد ثبت له الخيار لاختلال الرضا الـــذي هو شرط صحة العقد .

---

(١) متفق عليه .
البخاري ، **الصحيح** ، بشرح ابن حجر : ٦٦/٥ ، كتاب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع (٤٨) ، حديث (٢١١٧) .
مسلم ، **الصحيح** : ١١٦٥/٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب من يخـــدع في البيـــوع (١٢) ، حديـــث (١٥٣٣/٤٨) .

(٢) رواه ابن ماجة . وفي الزوائد : في إسناده محمد بن اسحاق ، وهو مدلس ، وقد عنعنه .
ابن ماجة ، **السنن** : ٧٨٩/٢ ، كتاب الأحكام (١٣) ، باب الحجر على من يفسد ماله (٢٤) ، حديـــث (٢٣٥٥) .

(٣) رواه البيهقي والدارقطني .
وفيه عمر بن إبراهيم يقال له الكردي يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح ، لم يروها غيره ، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفا من قوله .
البيهقي ، **السنن الكبرى** : ٢٦٨/٥ ، كتاب البيوع ، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة .
الدارقطني ، **السنن** : ٤/٣ ـــ٥ ، كتاب البيوع ، حديث (١٠) .

وأيضا فإن السلامة من مقتضيات العقد ؛ لأنه عقد معاوضة ، والمعاوضات مبناها على المساوة عادة وحقيقة ، وتحقيق المساواة في مبادلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان إطلاق العقد مقتضيا للسلامة ، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار [١] .

ومنها ما ثبت بالقياس كخيار النقد [٢] وخيار التعيين [٣] ، فإنهما في معنى ما ورد به الشرع ، وهو خيار الشرط ، والعلة الجامعة بينهم هي التروي [٤].

وأنواع الخيارات كثيرة اختلف الفقهاء في عدّها [٥]، وتتفاوت مترلة الخيارات من

---

(١) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٧٤/٥ .

(٢) صورته : أن يتبايع اثنان من غير دفع الثمن على أن المشتري إن لم ينقد البائع الثمن في مدة معينة لا تتجاوز ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما . فإن قبل البائع هذا الشرط ، صح البيع والشرط معا .

وهذا النوع من الخيار جائز عند الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، وهو قول الشيرازي من الشافعية ، والثوري وأبو ثور ، ومن الصحابة عمر وابنه رضي الله عنهما .

ومنعه زفر من الحنفية ، والشافعية في الصحيح [انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥٧١/٤ ؛ النووي / **المجموع** : ١٩٣/٩ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير** : ٦٧/٤] .

(٣) خيار التعيين : هو خيار يشترطه المشتري عادة ، بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشتري واحدا منها بعد التأمل والتروي .

وهذا النوع من الخيار جائز عند الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة . ومنعه الشافعية وجمهور الحنابلة . ولتفصيل القول فيه . [انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٥٦/٥ — ١٥٧ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٦٥/٤ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١١٦/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٠٦/٣ ؛ النووي / **المجموع** : ٣١٢/٩ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ١٦٧/٣-١٦٨] .

(٤) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ١٥٧ ؛ الحصكفي/ **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥٧١/٤.

(٥) عدها ابن نجيم في البحر الرائق ثلاثة عشر ، وعدها الحصكفي في الدر المختار سبعة عشر .

وقد حصر الشافعية ، والمالكية هذه الخيارات في ضربين : أولهما خيار نقص كخيار الرد بالعيب وبيع المصراة، وثانيهما : خيار ترو ، أي تأمل ونظر للبائعين كما يسميه المالكية ، أو خيار شهوة كما يسميه الشافعية ، ويشمل خيار الشرط وخيار المجلس وعلى القول بصحة خيار الرؤية عندهم تكون ثلاثة .

وأيضا فإن هؤلاء الفقهاء يلحقون ما تشابه من الخيارات بعضها ببعض ، فمثلا يلحقون بخيار العيب خيار الوصف المرغوب فيه وخيار التغرير وخيار الغبن ؛ لأن معناها واحد .

مع ملاحظة أن هذه الخيارات ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء بل منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه .

انظر : ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢/٦ —٣ ؛ الحصكفي / **الدر المختار** : ٥٦٦/٤ ؛ ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٨ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٩١/٣ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ١٠٩/٥ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١٤٦/٢ — ١٤٧ ، ١٥١ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٣/٤ ، ٢٥ ، ٢٧ .

حيث سلب اللزوم عن العقد اللازم نظرا إلى أثرها على عِلَّة الحكم [(١)]، فمنها ما يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة كخيار الشرط ، ومنها ما يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية ، ومنها ما يمنع لزوم الحكم كخيار العيب [(٢)].

وفي هذا المبحث أتناول أثر أهم هذه الخيارات [(٣)] على العقد اللازم لسلب لزومه ، على النحو التالي :

أولا . خيار الشرط .

لا خلاف بين الفقهاء في أن العقد المشتمل على الخيار عقد غير لازم ؛ لأن الخيار يمنع لزوم العقد ، واختلف الفقهاء في أثر خيار الشرط على العقد على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية [(٤)]، والشافعية في الأظهر [(٥)] إلى أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم في مدته لمن شَرَطَهُ ، وبعبارة أخرى هو يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العِلَّة ، بل هو للحال موقوف ، والمراد أنه لا يعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار ؛ لأنه

---

(١) المراد بالعلة هنا العقد الذي لا يتخلف عنه الحكم في الأصل ، كالبيع هو علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين وهو الأصل ، وفي البيع بشرط الخيار تخلف عن العلة — عقد البيع — مقتضاها — حكم البيع — ، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما ، وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما .

والحكم في العلة الشرعية وإن لم يجز تخلفه عن العلة إلا أنه يجوز تراخيه وتراخي الحكم ينشأ من موانع وهي أنواع :

١— ما يمنع انعقاد العلة كإضافة البيع إلى الحر من بني آدم فالبيع هذا لا ينعقد لأن الحر ليس محلا للبيع ولا ينعقد البيع إلا فيما كان محلا للبيع .

٢— ما يمنع تمام العلة كإضافة البيع إلى مال الغير فإذا كان المبيع للغير فلا يكون المبيع فيه نافذا بل موقوفا .

٣— ما يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة كخيار الشرط فإنه يمنع ثبوت الحكم أي يمنع خروج المبيع من ملك البائع .

٤— ما يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري .

٥— ما يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ، وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط . [انظر: البخاري / **كشف الأسرار** : ٤/ ٦٢ — ٦٣ ؛ ابن نجيم / **فتح الغفار بشرح المنار** : ٤٠/٣ ؛ ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٩٨/٦ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ١/ ٢٤٤].

(٢) انظر : ابن الهمام / **فتح القدير** : ٢٩٨/٦ ؛ البابرتي / **العناية على الهداية** : ٢٩٨/٦ — ٢٩٩ ؛ الكاساني/ **بدائع الصنائع** : ٢٧٤/٥ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ١/ ٢٤٤ .

(٣) نظرا لأن الحديث على ما للعقود من أحكام عامة فأقتصر في بيان الخيارات التي تكون في كثير من العقود ، أما أثر هذه الخيارات على كل عقد فيترك بيانه إلى دراسة هذا العقد وتفصيل أحكامه .

(٤) انظر: ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٣/٦ ، ٩ ، ١٣ — ١٤ ؛ الكاساني /**بدائع الصنائع** : ٢٦٤/٥ .

(٥) انظر: الشيرازي / **المهذب** : ٢٥٩/١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٥٠/٣ .

لا يعلم هل يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال ، فإذا تم البيع بَانَ حصولُ الملك للمشتري بالبيع نفسه، وإلا بَانَ أنَّ ملكّ البائعِ لم يزل ، وكذا يتوقف الثمن .

جاء في العناية : " وإنما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه ألاَّ يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الإمكان لأن دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس " [1] .

وعلى هذا فإن شرط الخيار للبائع يمنع انتقال ملكية المبيع منه إلى المشتري ، وإذا كان للمشتري فإنه يمنع نقل ملكية الثمن منه إلى البائع ؛ لأن نقل الملك لا يكون إلا بالرضا وشرط الخيار ينافيه . ومن لا خيار له منهما فإنْ كان البائع خرج المعقود عليه من ملكه ، وإنْ كان المشتري خرج الثمن عن ملكه للزوم العقد بالنسبة إليه ، لكنه مبيع أو ثمنا لا يدخل في ملك العاقد المخيَّر بل يتوقف الملك فيه إلى أن يجيز أو يفسخ — وهذا عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يدخل في ملكه — [2] ؛ لأنه لو دخل في ملكه لاجتمع في ملكه البدل والمبدل في عقد المبادلة — أي المبيع والثمن — وهذا لا يجوز .

وأيضا فإن ذلك يؤدي إلى ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة وهذا لا يجوز ؛ لعدم رضا العاقدين بالتفاوت .

أما إذا كان الخيار لهما معا ، فإنه يمنع نقل ملك كل منهما للآخر ؛ لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم ، موجود في الجانبين جميعا وهو الخيار ، ولو تصرف أحدهما في بدل ملكه في مدة الخيار لهما كان تصرفه باطلا ؛ لأن للآخر حق الفسخ . وإذا تصرف البائع في مدة الخيار في المبيع تصرف الملاك من بيع وإجارة وهبة وغيرها ، صَحَّ تصرفُهُ ويكون بذلك فاسخا للعقد [3].

القول الثاني : ذهب المالكية [4]، والشافعية في قول [5]، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد [6] ، إلى أن خيار الشرط يمنع انتقال الملك ، فلا يملك محل العقد إلا بالعقد وانقضاء

---

(١) البابرتي : ٦/٢٩٩ .

(٢) ويتفرع على هذا الأصل بين أبي حنيفة وصاحبيه مسائل . [انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٢٦٥] .

(٣) انظر: ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٦/ ٩ ، ١٣ — ١٤؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/ ٢٦٤ — ٢٦٥ .

(٤) انظر: البغدادي / **المعونة** : ٢/١٠٤٣ ؛ الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٥/١٢٠ ؛ الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** : ٣٠٧ ؛ القرافي / **الذخيرة** : ٥/٣١ .

(٥) انظر: الشيرازي / **المهذب** : ١/٢٥٩ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣/٤٥٠ .

(٦) انظر: المرداوي / **الإنصاف** : ٤/٣٧٨ — ٣٧٩ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٣ .

الخيار ؛ لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار فدلّ على أنه لا يملك إلا بهما .

ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق فلم ينتقل الملك به [(١)].

وعلى هذا فالملك في زمن الخيار للبائع ، والملك في الثمن للمشتري .

القول الثالث : ذهب الشافعية في قول [(٢)]، الحنابلة في أشهر الروايتين عن الإمام أحمد وهي المذهب الذي عليه الأصحاب [(٣)] ، إلى أن خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك ، بل ينتقل الملك في المبيع زمن الخيار إلى المشتري وينتقل الثمن إلى ملك البائع سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما ؛ لأن غاية العقد المشروط فيه الخيار عدم لزومه ، والعقد غير اللازم يترتب عليه حكمه عقب انعقاده لنفاذه .

وجه هذا القول : قولهﷺ : ((وَمَنِ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إلا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ)) [(٤)] ، وقولهﷺ : ((مَنِ ابْتَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ)) [(٥)] . " فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع " [(٦)] .

ولأن البيع المشروط فيه الخيار عقد معاوضة يوجب انتقال الملك ، فانتقل الملك فيه بنفس العقد ، كالنكاح [(٧)] .

---

(١) انظر: البغدادي / **المعونة** : ١٠٤٤/٢ .

(٢) وهو الأظهر عند الشيخ أبي حامد ومن نحا نحوه ، وبه قال الإمام . [انظر: النووي / **روضة الطالبين** : ٤٥٠/٣] .

(٣) انظر: المرداوي /**الإنصاف** : ٣٧٨/٤ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٣ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٧٩/٤ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٧٠/٢ .

(٤) جزء من حديث متفق عليه .
البخاري ، **الصحيح** : ٣٢٦/٥ ، بشرح ابن حجر ، كتاب المساقاة (٤٢)، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (١٨)، حديث (٢٣٧٩) .
مسلم ، **الصحيح** : ٣/ ١١٧٣ ، كتاب البيوع (٢١) ، باب باع نخلا عليها ثمر (١٥) ، حديث (٨٠/١٥٤٣)

(٥) جزء من حديث متفق عليه ، تقدم تخريجه [انظر الهامش السابق]

(٦) ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٧٩/٤ . وانظر : البهوتي / **شرح منتهى الارادات** : ١٧٠/٢ .

(٧) انظر : الشيرازي / **المهذب** : ٢٥٩/١ .

المناقشة :

مناقشة الحنفية ومن وافقهم :

قولهم : إن الملك للحال موقوف ، والمراد أنه لا يعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار ؛ لأنه لا يعلم هل يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال ، فإذا تم البيع بَانَ حصولُ الملك للمشتري بنفس البيع ،وإلا ، بانَ أنَّ ملكَ البائع لم يزل ، وكذا يتوقف الثمن ، غير صحيح ، " فإن انتقال الملك إنما ينبني على سببه الناقل وهو البيع وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه ، فإنَّ إمضاءه ليس من المقتضى ولا شرطا فيه ، إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمانع فإنَّ المنع لا يتقدم المانع ، كما أنَّ الحكم لا يسبق شرطه " [1]

ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك إذا لم يفسخ ، فوجب أن يثبته وإن فسخ ، كبيع المعيب [2].

أما قولهم : إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، غير صحيح ؛ لأنه يؤدي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ، ولأنه يؤدي إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري ، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه ، وهذا ينافي عقد المعاوضة [3]

الترجيح :

الراجح في نظري من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الشافعية في قول الحنابلة في أشهر الروايتين عن الإمام أحمد وهي المذهب ، أن خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك ، بل ينتقل الملك في المبيع زمن الخيار إلى المشتري وينتقل الثمن إلى ملك البائع سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما ؛ لأن غاية العقد المشروط فيه الخيار عدم لزومه ، والعقد غير اللازم يترتب عليه حكمه عقب انعقاده لنفاذه ؛ لقوة أدلتهم .

---

(١) ابن قدامة / الشرح الكبير على متن المقنع : ٧٩/٤ .

(٢) المرجع السابق (بتصرف) : ٨٠/٤ .

(٣) انظر: المرجع السابق : ٧٩/٤ .

ثمرة الخلاف :

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في مسائل [(١)] :

منها : وجوب الزكاة ، فلو باع نصابا من الماشية بشرط الخيار حولا ، فعلى القول الأول والثاني تجب زكاته على البائع ، وعلى الثالث فزكاته على المشتري .

ومنها : الفطرة ، فلو باعه عبد بشرط الخيار وأهل هلال الفطرة وهو في مدة الخيار ، فعلى القول الأول والثاني الفطرة على البائع ، وعلى الثالث فالفطرة على المشتري .

ومنها : مؤونة المعقود عليه والزيادة فيه .

فعلى القول الأول الذي يرى أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم ، تكون مؤونة المبيع على البائع ، وتكون زيادته المتصلة والمنفصلة ملكا له ؛ لأنه لم يخرج عن ملكه . وكذا على القول الثاني .

وعلى القول الثالث الذي يرى أن خيار الشرط لا يمنع نقل الملكية ، تكون مؤونة المبيع على المشتري ، وزيادته المتصلة والمنفصلة ملكا له ، ولو كان المبيع في يد البائع ، أمضيا العقد أو فسخاه ؛ لأنه يملك الأصل فيملك زوائده [(٢)].

ويستثنى من الحكم السابق ما إذا كان النماء متصلا كالسمن أو كان حملا موجودا وقت العقد وانفصل في مدة الخيار ثم رد المبيع على بائعه ، فإنه يكون ملزما برده مع أصله [(٣)] .

ومنها : تلف المبيع في مدة الخيار فإنْ كان بعد القبض أو لم يكن منهما ، فعلى القول الأول والثاني فهو من مال البائع ، وعلى القول الثالث فهو من مال المشتري [(٤)].

---

(١) انظر: الونشريسي / **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك** : ٣٠٧ — ٣٠٨ ؛ الخرشي/ **الخرشي على مختصر خليل** : ١٢٠/٥ ؛ ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٤ — ٣٦٦ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٣٧٩/٤ — ٣٨١ .

مع ملاحظة أن ما ذكر هنا من مسائل هو بعض من فوائد هذا الخلاف وللمزيد انظرالمراجع السابقة .

(٢) انظر: النووي/ **روضة الطالبين** : ٤٥١/٣ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٨٠/٤ ؛ المرداوي/ **الإنصاف** : ٣٨٢/٤ .

(٣) انظر: البهوتي / **شرح منتهى الارادات** : ١٧٠/٢ — ١٧١ ؛ المرداوي/ **الإنصاف** : ٤/ ٣٨١ — ٣٨٢ .

(٤) انظر: البغدادي / **المعونة** : ١٠٤٣/٢ ، ١٠٤٨ .

وللشافعية في هذه المسألة أقوال وتفصيل ينظر في مظانه . [انظر: النووي/ **روضة الطالبين** : ٤٥٣/٣ — ٤٥٤ ؛ الشيرازي/ **المهذب** : ٢٦٠/١] .

ومنها : لو تعيَّب المبيع في مدة الخيار ، فعلى القول الأول له الرد بكل حال ، وعلى الثالث لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري ؛ لانتفاء القبض .

ومنها : لو باع مُحِلٌ صيداً بشرط الخيار ثم أحرم في مدته ، فإن قلنا لم ينتقل الملك عنه فله الفسخ [١]، وإن قلنا انتقل الملك عنه فليس له ذلك ؛ لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع في حقه .

ثانيا ـ خيار الرؤية .

أثر خيار الرؤية على العقد عند القائلين به [٢] هو منع تمام الحكم ، ففي عقد البيع لا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري المبيع و لم يرده ، فالعقد الذي ثبت فيه خيار الرؤية غير لازم بالنسبة للمشتري ونحوه إلى أن يختار بعد الرؤية بين الرد والإجازة ، وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ ؛ لأن العقد غير لازم في حقه ، أما البائع ومن في حكمه فيكون العقد لازما من جانبه . إلا أنه في مذهب أحمد [٣] يثبت للبائع الخيار أيضا إذا باع ما لم يره عند الرؤية.

والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع .

أما ما يترتب على العقد من أحكام وآثار فلا أثر لخيار الرؤية في شيء منها ، بل حكمه حكم العقد الذي لا خيار فيه ، فيثبت الملك في البدلين المتعاقديْن بمجرد تمام العقد لأن السبب في نقل الملك قد وجد فيترتب عليه حكمه حيث لا مانع منه ، حتى لو تصرَّف فيه المشتري جاز تصرُّفه وبطل خيارُه ولزمه الثمن ؛ وكذا لو هلك في يده أو صار إلى حلل لا يملك فسخه بطل خيارُه [٤].

ثالثا ـ خيار العيب .

العقد حال قيام خيار العيب نافذ غير لازم [٥].

---

(١) ثم إن كان في مدة المشاهدة أرسله وإلا فلا . [ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** : ٣٦٥] .

(٢) انظر من هذا البحث ، ص : ٢٦٥ ، ش : ٣ .

(٣) انظر: المرداوي / **الإنصاف** : ٢٩٦/٤ .

(٤) انظر: ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٩٢/٤ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨/٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٨٠/٤ — ٨١ .

(٥) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٧٤/٥ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١٠٥١/٢ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥٠/٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢١٨/٣ .

بيان ذلك : أن خيار العيب لا يمنع انعقاد العقد بل ينعقد العقد صحيحا نافذا لازما من جهة البائع وغير لازم من جهة المشتري فيثبت الملك للمشتري في الحال إلا أنه ملك غير لازم ؛ لأن السلامة شرط في العقد دلالة فإذا لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه [١].

وإذا فَللمُتَملِّك الحق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيبا في محل العقد و لم يطلع عليه عند التعاقد ، وذلك إذا توفرت في العيب الشروط اللازم توفرها فيه ليثبت به الخيار[٢].

رابعا ـ خيار التدليس .

خيار التدليس هو : فعل يزيد به الثمن ، كتصرية اللبن في الضرع ، وجمع ماء الرحى وإرسالها عند عرضها ، وتحسين شكل السيارة المستعملة ، فيظن المشتري أن هذه صفاتها فيزيد في الثمن . فهذا يثبت للمشتري خيار الرد عند القائلين به ، وهو مذهب أبي يوسف من الحنفية ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد وعامة أهل العلم خلافا لأبي حنيفة ومحمد ابن الحسن [٣] .

خامسا ـ خيار التعين .

إذا اقترن العقد بخيار التعيين ، فإنْ كان الخيار للمشتري ، نفذ وثبت الملك للمشتري في أحد الأشياء غير عين ، وإن كان الخيار للبائع ، لم يزل شيء عن ملكه .

ولكن عقد البيع بخيار التعيين يكون غير لازم ، فإن كان الخيار للمشتري كان له أن يرد الأشياء جميعا — في مدة الخيار — ولا يلزمه أخذ شيء منها ، وإذا كان الخيار للبائع ، كان له فسخ البيع في مدة الخيار واسترداد كل الأشياء ، ولا يلزمه ترك شيء منها للمشتري .

---

(١) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٧٤/٥ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٣/٥ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥٠/٢ وما بعدها ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢١٨/٣.

(٢) انظر ضابط العيب الذي يوجب الخيار وشرائط ثبوته في : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٧٤/٥ — ٢٧٦ ؛ البغدادي / **المعونة** : ٢/ ١٠٦٣ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٣١/٢ — ١٣٣ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٨٦/١ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٦٥/٣ — ٤٦٦ ، ٤٧٢ — ٤٧٣ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٥٥ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٥٠ —٥٢ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢١٦/٣-٢١٨.

(٣) انظر: ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٤٤/٥ ؛ البغدادي / **المعونة** : ١٠٧٣/٢ ؛ الشيرازي/ **المهذب** : ٢٨٢/١ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٢٨٦/٦ — ٢٨٧ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٣٩٨/٤ — ٣٩٩ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٨٩/٤ —٩٠؛ ابن القيم / **إعلام الموقعين** : ١٥/٢ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ١٧٣/٢ — ١٧٤ .

ولمن له الخيار أن يختار أحد الأشياء في مدة الخيار ليكون المبيع ، وإذا انقضت مــــدة الخيار دون أن يختار من له الخيار ينبرم البيع في أحدها ، وعلى من له الخيار أن يعــين عنــد الحنفية [١]، ونقض البيع في جميع الأشياء عند المالكية [٢] .

سادسا ــ خيار النقد .

خيار النقد ملحق بخيار الشرط ؛ لأن الخيار فيه يثبت بالشرط ، بل هو في الحقيقة نوع من خيار الشرط لثبوته بالشرط .

وخيار النقد يمنع الحكم عند القائلين به كخيار الشرط ، فلا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره ، ولا الثمن عن ملك المشتري مع خياره ، ولو كان الخيار لهما معا فإنَّه يمنع نقــل ملك كل منهما للآخر [٣].

* * * * *

(١) انظر: الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٢٦١ ــ ٢٦٢ .
وفيه : " إن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشتري أن يردهما جميعا لأن خيار التعيــين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لأن جواز هذا البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك "

(٢) انظر: الخرشي / **الخرشي على مختصر خليل** : ٥/١٢٥.

(٣) انظر : الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٤/٥٧٢ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير** : ٤/٦٧.

المبحث الخامس — حكم ورود الخيار وعدمه على العقود اللاَّزمة والجائزة :

في معرض حديث الفقهاء عن الخيارات بَيَّنوا حكم قبول العقود اللاَّزمة والجائزة الخيار وعدم قبولها ، كما ذكر بعض الفقهاء القاعدة العامة لمذهبهم في ثبوت الخيار وعدمه على أقسام العقود بالنظر إلى اللُّزوم وقابلية الفسخ ، وفيما يلي بيان ذلك :

أولا ـ الحنفية :

ذكر فقهاء الحنفية عند الحديث عن كل نوع من أنواع الخيارات العقود التي يصحُّ فيها والتي لا يصحُّ فيها ، وجاء في جامع الفصولين الحديث عن الخيارات وما تثبت فيه من التصرفات في الفصل الخامس والعشرين [١] ، فذكر أن الخيارات أنواع :

منها : ما يثبت في تصرفات تحتمل الفسخ لا فيما لا تحتمله ، مثل النكاح والطلاق والعتق .

ومنها : ما يثبت فيما لا يحتمل الفسخ لا فيما يحتمله .

أما الخيارات التي لا تثبت فيما لا يحتمل الفسخ فمنها خيار الشرط ، فإذا تزوج بشرط الخيار لهما أو لأحدهما يصحُّ النكاح لا الشرط .

ومنها : خيار الرؤية ، لا يثبت في النكاح لا في المرأة ولا في المهر .

ومنها : خيار العيب ، وهو حق الفسخ بعيب ، لا يثبت في النكاح فلا ترد المرأة بعيب ما ، واختلفوا في جانب الزوج فيما يرد به من العيوب [٢].

---

(١) انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٢٤/١ وما بعدها .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٢٢/٢ ، ٣٢٦ .

وذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن خيار العيب يثبت في النكاح للرجل وللمرأة ، جاء في **المعونة** : ٧٧٠/٢ — ٧٧١ : " وإذا وجد بالمرأة عيب يؤثر في المعنى المقصود بالنكاح ويمنع الالتذاذ واستيفاء الاستمتاع فالزوج بالخيار إذا علم بذلك قبل الدخول إن شاء ثبت على النكاح ودفع الصداق ودخل ، وإن شاء فارق ولا صداق عليه ... وإن لم يعلم بالعيب حتى دخل فحق الخيار ثابت له ، لأنه لم يوجد منه رضا به فلم يسقط خياره ، ويدفع العوض من الاستمتاع " . [وانظر : البغدادي / **المعونة** : ٧٧٢/٢ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٤٨/٢ — ٥٠ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٤٨/٣ — ٥١] .

وأما الخيارات التي تتعلق بالنكاح فأربعة : خيار المُخيَّرة [١]، وخيار العتق [٢]، وخيار الفسخ بعدم الكفاءة [٣]، وخيار البلوغ [٤].

وأما الخيارات التي تثبت في عقود تحتمل الفسخ أنواع : منها خيار شرط ، ورؤية ، وعيب ، وتعيين ، وتفريق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض ، والاستحقاق .

أما خيار الشرط فيصحُّ في عقد البيع وما في معناه من العقود وهي كل عقد لازم يحتمل الفسخ بالتراضي ، ولا يشترط في صحتها القبض ، ولو كان لزومها من جانب واحد ، كالمزارعة ، والمعاملة ، والإجارة ، والقسمة ، والصلح عن مال ولو بغير عَيْنِهِ ، والرهن للراهن ، وخلعٍ على مال لو شُرِطَ لزوجة [٥]، والكفالة بنفس أو مال ، والحِوالة ، والإبراء على قول [٦]، وتسليم الشفعة بعد الطلبين ، والإقالة .

ولا يصحُّ شرطه في العقود اللاُّزمة التي لا تقبل الفسخ بعد تمامها كالنكاح ، والطلاق، والخلع في جانب الزوج ، والصلح عن القصاص ، والرهن للمرتهن ، واليمين والنذر ، والإقرار — إلا الإقرار بعقد يقبله — ، والإبراء ، والهبة .

وكذا كل عقد يُشترَطُ في صحته القبض في مجلس العقد كالصرف والسلم .

وكذا العقود غير اللاَّزمة كالوكالة والوديعة والعارية والهبة والوصية [٧].

---

(١) صورته : أن يقول لامرأته اختاري نفسك أو اختاري ينوي به الطلاق ، فلها الخيار في مجلسها وإن تطاول . [انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٢٨/٢] .

(٢) إذا عتقت الأمة المنكوحة أو المدبرة أو أم الولد ، فلها حق الفسخ قبل الدخول أو بعده حرا كان زوجها أو قنا ، وكذا المكاتبة الصغيرة أو الكبيرة إذا عتقت بأداء أو تحرير تتخير . [انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٢٨/٢] .

(٣) انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣١٧/٢ .

(٤) وهو أن غير الأب والجد لو زوّج صبيا أو صبية ثم بلغا فلهما خيار الفسخ ، ولو زوجهما القاضي أو الأم روايتان ، والظاهر هو الخيار . [انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٢٤/١ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣١٥/٢] .

(٥) لأن العقد في جانبها لازم يحتمل الفسخ ، بخلاف الزوج فإن العقد وإن كان لازما في جانبه إلا أنه لا يحتمل الفسخ لأنه يمين . [انظر: ابن عابدين / **حاشية ابن عابدين علي الدر المختار** : ٥٧٠/٤] .

(٦) وفيه خلاف . [انظر: ابن عابدين / **حاشية ابن عابدين علي الدر المختار** : ٥٧٠/٤ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٢٤٤/١] .

(٧) انظر: ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٢٩/١ — ٣٣٠ ؛ ابن عابدين / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ٥٧٠/٤ — ٥٧١ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٦/ ٣— ٤ ؛ حيدر / **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : ٢٤٤/١ — ٢٤٥ .

وأما خيار الرؤية فيثبت في أربعة مواضع : الشراء للأعيان اللاّزم تعيينها ، والإجارة ، والقسمة ، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه ؛ لأن كلا منها معاوضة .

ولا يثبت في الديون كالمسلَّم فيه ، والأثمان الخالصة كالدراهم والدنانير ، والعقود التي لا تحتمل الفسخ كالمهر في النكاح ، وبدل الخلع ، وبدل الصلح عن القصاص [1]، ولا يثبت في البيع الفاسد ؛ لوجوب فسخه بدونه [2].

أما خيار العيب فيثبت في الشراء ، والمهر ، وبدل الخلع ، وبدل الصلح عن دم العمد ، وفي الإجارة ، ولو حدث العيب في العين المؤجرة بعد العقد والقبض بخلاف البيع فإنه لا يُرَدُّ بعيب حدث بعد القبض ، وفي القسمة ، والصلح عن مال [3] .

ثانيا ـ المالكية :

ذكر فقهاء المالكية العقود التي يصحُّ فيها خيار العيب والتي لا يصحُّ فيها : أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي عقود المعاوضات ، وأما العقود التي لا يقصد منها المعاوضة فلا خلاف أيضا أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالهبة والصدقة .

وأما ما بين هذين القسمين من العقود وهو ما جمع بين قصد المكارمة والمعاوضة ، كهبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيه بوجود العيب ، وقيل يحكم به إذا كان العيب مفسدا [4].

ولم ينصَّ فقهاء المالكية عند الحديث عن أنواع الخيارات الأخرى ، العقود التي تصحُّ فيها والتي لا تصحُّ فيها ، والظاهر موافقتهم لجمهور الفقهاء في أصل هذه القاعدة ، كما يلي :

أولا ــ العقود اللاّزمة من الطرفين : وهي نوعان :

---

(١) " وإن كانت أعيانا ؛ لأنه لا يفيد فيه ؛ لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما ، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا " . [ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٥٩٣/٤] .

(٢) انظر: ابن نجيم / **البحر الرائق** : ٢٨/٦ ؛ ابن عابدين / **الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه** : ٥٩٢/٤ ــ ٥٩٣ ؛ ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٣٤/١ ، وفيه : أن خيار الرؤية وخيار العيب يثبتان في البيع الفاسد .

(٣) انظر : ابن قاض سماوه / **جامع الفصولين** : ٣٣٩/١ ــ ٣٤٠ ؛ ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٣/٥ .

(٤) انظر: ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٣١/٢ .

أحدهما : عقود لازمة يُقصَدُ بها العوض ، كالبيع وما في معناه ، يثبت فيها الخيـــار . ويستثنى من هذه الطائفة كل عقد يُشترط في صحته القبض في مجلـــس العقـــد كـــالصرف والسلم .

جاء في المعونة : "البيع جائز بشرط الخيار لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حبان: ((واشترط الخيار ثلاثا))[١] ، وقوله صلى الله عليه وسلم ((المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقـا إلا بيع الخيار))[٢] ، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأملٍّ ما يبتاعه واختياره فجاز ذلك "[٣].

الثاني : عقود لازمة لا يُقصَدُ بها العوض ، كالنكاح والخلع ، فلا خيار فيها .

ثانيا ـــ العقود الجائزة ، إما من الجانبين ، كالشركة والوكالة ، والقراض ، والوديعة ، والعارية ، وإما من أحدهما ، كالضمان ، فلا خيار فيها استغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها .

ثالثا ـ الشافعية :

قاعدة الشافعية في قبول العقود اللاّزمة ، والجائزة الخيار أو عدم قبولها هي على النحو التالي :

أولاً ـــ العقود اللاّزمة من الطرفين : لا يثبت فيها خيار مؤبد ، ولا ينفسخ بموتهمـا أو بموت أحدهما أو بجنونه أو إغمائه .

نعم إن كان الجائز يؤولُ إلى اللزوم[٤] انفسخ كالبيع في زمن الخيار ينتقل للوارث .

قال الزركشي[٥] : " العقد اللاّزم شُرِعَ فيه الخيار والإقالة ؛ لأن العاقد لا يملك فسـخ

---

(١) تقدم تخريجه ، ص : ٢٦٦.

(٢) تقدم تخريجه ، ص : ٢٥٨ .

(٣) ١٠٤٢/٢ .

(٤) المراد بقولهم آيل إلى اللزوم : أي يلزم بنفسه عند انقضاء الخيار ، لا بفعل فاعل ، بخلاف الكتابة من جهـــة العبد فإنها جائزة ابتداء إلى أن يريد دفعها . [الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠١/٢] .

(٥) **محمد بن بهادر بن عبد الله الزَّرْكَشي (٧٤٥ ـــ ٧٩٤ هـــ)** : أبو عبد الله ، بدر الدين ، من فقهاء الشافعية أصولي ، ومحدِّث ، وأديب . تركي الأصل ولد بمصر وتوفي بها . أخذ عن جمال الدين الإسنَوي ، وسراج الدين البلقيني ، ورحل إلى حلب ، وسمع الحديث بدمشق وغيرها ، ودرّس وأفتى .

من تصانيفه : (البرهان في علوم القرآن) ، و(شرح علوم الحديث) لابن الصلاح ، و(شرح الأربعين) للنووي ، و(البحر المحيط) في أصول الفقه ، و(المنثور) يُعرف بقواعد الزَّرْكَشي ، و(الديباج في توضيح المنهاج) في الفقه ، و(التنقيح في شرح الجامع الصحيح) .

[انظر : البغدادي / **هدية العارفين** : (١٧٤/٢-١٧٥) ؛ ابن العماد / **شـــذرات الذهـــب** : (٣٣٥/٦) ؛ الزركلي / **الأعلام** : (٦٠/٦-٦١) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (١٢١/٩-١٢٢)] .

العقد مطلقاً بخلاف الجائز "[1] .

ثانياً ـــ العقود اللاّزمة في حق أحد الطرفين : لا يثبت فيها الخيار لمن هي لازمة في حقه دون من هي غير لازمة في حقه ، فإنْ شرَطَا الخيار في الجهة التي لا خيار فيها أو أسقطا الخيار في جهة الإختيار بطلت .

ثالثاً ـــ العقود التي لا تلزم في الحال وتفضي إلى اللزوم : منها : " الجعالة ، والعتق بعوض ، واستهلاك المال بالضمان ، كقوله : ألق متاعك في البحر وعليَّ قيمته ، والقرض ، والهبة "[2]، فيثبت فيها الخيار للعاقدين قبل اللزوم دون ما بعده ، فلو شرطا إسقاطه قبل اللزوم ، أو إثباته بعد اللزوم بطلت .

رابعاً ـــ العقود الجائزة من الطرفين : الخيار فيها مُؤبَّد ولو شرَطا إسقاطه بطلت[3].

وذكر فقهاء الشافعية عند الحديث عن خيار المجلس العقود التي يثبت فيها خيار المجلس والتي لا يثبت ، وكذلك خيار الشرط ، وبيان ذلك كما يلي :

أ ـــ العقود التي يثبت فيها خيار المجلس والتي لا يثبت[4] :

جملة القول في ذلك أن العقود قسمان :

أحدهما : العقود الجائزة ، إما من الجانبين ، كالشركة والوكالة ، والقراض ، والوديعة، والعارية ، وإما من أحدهما ، كالضمان ، والكتابة ، فلا خيار فيها .

وكذا الرهن لو كان الرهن مشروطا في بيع وأقبضه قبل التفرق ، أمكن فسخ الرهن ، بأن يفسخ البيع ، فينفسخ الرهن تبعا .

الثاني : العقود اللاّزمة ، وهي نوعان :

الأول : عقود واردة على العين ، كالصرف ، وبيع الطعام بالطعام ، والتولية ، والتشريك ، وصلح المعاوضة ، فيثبت فيها خيار المجلس[5].

---

(١) **المنثور في القواعد** : ٢/٤٠٠ .

(٢) المرجع السابق : ٢/٣٩٩ .

(٣) انظر: الزركشي/ **المنثور في القواعد** : ٢/ ٣٩٩ ـــ ٤٠١ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٦/٣٢ ـــ ٣٤.

(٤) انظر: السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٥٤ ؛ النووي / **المجموع** : ٩/١٧٥ ، ١٧٨ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٤/٣ ـــ٥ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٢/٤٣ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٣/ ٤٣٥ ـــ ٤٣٨ .

(٥) ويستثنى من ذلك صور لا خيار فيها : منها الحوالة فإنها وإن جُعِلت معاوضة فليست على قواعد المعاوضات. ومنها قسمتا الإفراز والتعديل سواء أكانتا بإجبار أم بتراض ، إذا قلنا أنها في حالة التراضي بيع ؛ لأنه لو امتنع منها الشريك أجبر عليهما ، والإجبار ينافي الخيار ، وهذا هو المعتمد . =

الثاني : عقود واردة على المنفعة ، كالنكاح ، ولا خيار فيها ، ولا خيار في الصداق على الأصح ، وكذا عوض الخلع .

ومنها : الإجارة ، وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان ، أصحُّهما عند الأكثرين لا يثبت . قال القفال [1] : الخلاف في إجارة العين أما الإجارة على الذمة ، فيثبت فيها قطعاً كالسلم .

ب ـ العقود التي يثبت فيها خيار الشرط والتي لا يثبت [2] :

جملة القول في ذلك هي : أن خيار الشرط وخيار المجلس يتلازمان في الأغلب ، إلا أن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط ؛ لأن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط .

وعلى هذا فإذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط : يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق ، وهو وجه ؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع ، فلا يحتاج إلى شرط ، وقد يقال لا معارضة بينهما عند من يجوز اجتماع علتين [3].

ويتفق خيار الشرط مع خيار المجلس في صور الخلاف والوفاق ، إلا في نوع من البيوع وهو ما يُشترط فيه القبض في المجلس ؛ لأنه لا يحتمل التأجيل ، فلا يثبت فيه خيار الشوط ، سواء أكان يشترط فيه القبض من الجانبين كالصرف ، أم من أحدهما كالسلم .

ولا يثبت في غير أنواع البيع ، كالفسوخ والعتق والإبراء والنكاح والإجارة .

= ومنها صلح الحطيطة ، والإبراء ، والإقالة إن قلنا هي فسخ . [انظر: الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٣/٢ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٣٧/٣ ؛ النووي / **المجموع** : ١٧٧/٩] .

وانظر المزيد من الصور المستثناة في : النووي / **روضة الطالبين** : ٤٣٥/٣ ـ ٤٣٧ .

(١) **عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، المعروف بالقَفّال المَرْوَزي ، بفتح الميم والواو (٣٢٧ – ٤١٧هـ)** : أبو بكر فقيه شافعي . شيخ الخرسانيين من الشافعية .كان في ابتداء أمره يعمل الأقفال ، لذا لُقب بالقفال ، وربما سمي (القفال الصغير) تمييزاً له عن عن القفال الشاشي الكبير المتوفى ٣٦٥ هـ . فلما أتى عليه ثلاثون سنة اشتغل بالعلم . تفقه على الشيخ أبي زيد المَرْوَزيّ ، وسمع منه ، ومن الخليل بن أحمد القاضي ، وجماعة ، وحدّث وأملى . توفي في سجستان . من تصانيفه : (شرح فروع بن الحداد) في الفقه ، و(شرح المختصر) .

[انظر : هداية الله الحسيني / **طبقات الشافعية** : (١٣٤-١٣٥) ؛ ابن السبكي / **طبقات الشافعية الكبرى** : (٥٣/٥ –٦٢) ؛ كحالة / **معجم المؤلفين** : (٢٦/٦)] .

(٢) انظر: السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٤٥٤ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٤٧/٢ ؛ النووي / **روضة الطالبين** : ٤٤٧/٣ ـ ٤٤٨ .

(٣) السيوطي / **الأشباه والنظائر** (بتصرف) : ١٤٩ ـ ١٥٠ .

رابعا ـ الحنابلة :

العقود اللآّزمة والجائزة باعتبار قبولها الخيار أو عدم قبولها ستة أقسام [1] :

القسم الأول : عقد لازم يُقصد منه العوض وهو البيع وما في معناه ، وهو نوعان :

أحدهما : يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط ، وهو : البيع فيما لا يُشترَط فيه القبض في المجلس ، والصلح بمعنى البيع ، والهبة بعوض على إحدى الروايتين ، والإجارة في الذّمّة نحو أن يُقال : استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه ، فهذا يثبت فيه الخيار ؛ لأن الخيار ورد في البيع وهذا في معناه .

فأما الإجارة المُعيَّنة فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط ؛ لأن دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار ، وكلاهما لا يجوز . وقيل : يثبت فيها الخياران قياساً على البيع .

وأما الشفعة فلا خيار فيها ؛ لأن المشتري يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه كما في فسخ البيع بالرد بالعيب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس ؛ لأنه قبل المبيع بثمنه كالمشتري .

ثانيهما : ما يشترط فيه القبض في المجلس ، كالصرف والسلم وبيع مال الربا بجنسه ، فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة .

ويثبت في هذه الطائفة من العقود خيار المجلس في الصحيح من المذهب .

القسم الثاني : عقد لازم لا يقصد به العوض ، كالنكاح والخلع الوقف والهبة ، فلا يثبت فيه خيار .

القسم الثالث : لازم من أحد طرفيه دون الآخر ، كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن ، فلا يثبت فيه خيار ؛ لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر ، والراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض ، وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما ؛ لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن ، وكذلك المكاتب .

---

(١) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي**: ١٣٠/٤ ـــ ١٣٣ ؛ ابن قدامة / **الشرح الكبير على متن المقنع** : ٦٩/٤ ـــ ٧١ ، ٧٥ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الارادات** : ١٦٧/٢ ، ١٦٩ ؛ المرداوي / **الإنصاف** : ٣٧٤/٤ ـــ ٣٧٥ .

القسم الرابع : عقد جائز من الطرفين ، كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية ، فهذه لا يثبت فيها خيار ؛ لقدرة كل عاقد على الرجوع عن العقد وفسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك .

القسم الخامس : وهو متردد بين الجواز واللزوم ، كالمساقاة والمزارعة ، والظاهر أنهما جائزان ، فلا يدخلهما خيار . وقيل : هما لازمان ، ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان .

والسبق والرمي والظاهر أنهما جعالة ، فلا يثبت فيهما خيار . وقيل : هما إجارة ، فيثبت فيهما الخيار .

القسم السادس : عقد لازم يستقلُّ به أحد المتعاقدين ، كالحوالة والأخذ بالشفعة ، فلا خيار فيهما ؛ لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، وإذا لم يثبت الخيار في أحد طرفي العقد لم يثبت في الآخر كسائر العقود ، وقيل : يثبت الخيار للحميل والشفيع ؛ لأنها معاوضة يقصد فيها العوض كالبيع .



المبحث السابع : الفسخ في العقود اللاَّزمة وغير اللاَّزمة .

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : أسباب الفسخ في العقود اللاَّزمة .

وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول . الفسخ بسبب فساد العقد [١] .

العقد الفاسد واجب الفسخ ، ووجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى لدفع الفساد [٢].

الفرع الثاني . الفسخ بسبب الخيار .

وقد تقدم أن الخيار في العقد يجعله قابلا للفسخ . قال الكاساني : " وأما شرائط جواز الفسخ فمنها قيام الخيار لأن الخيار إذا بطل ، فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ " [٣].

الفرع الثالث . الفسخ بالإقالة .

الإقالة سبب من أسباب الفسخ الاختياري التي ترد على العقود اللاَّزمة بطبيعتها كالبيع والإجارة . ويترتب عليها انحلال العقد ، فيرتفع حكمه [٤].

ولذلك يجب أن يكون العقد منعقدا في حق الحكم حتى ترد عليه الإقالة ، فإذا لم ينعقد في حق الحكم كأنْ هلك المبيع قبل الإقالة أو بعد الإقالة وقبل الرد ، لم تصح الإقالة ، لأنه لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع [٥].

---

(١) المراد بالفاسد المباين للباطل بناء على قول الحنفية بالتفرقة بين العقد الباطل والفاسد ؛ لأن العقد الباطل والفاسد مرادف له عند جمهور الفقهاء لا يحتاج إلى فسخ كما سبق تقريره في الفصل الثاني من هذا الباب . انظر ، ص : ١٨٧-١٨٨ ، ١٩٢ .

(٢) وقد تقدم بيان ذلك تفصيلا في الفصل الثاني من هذا الباب ، ص : ٢٠٢.

(٣) **بدائع الصنائع** : ٢٧٣/٥ ، ٣٠٦/٥ . وانظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١٢١/٥ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ١٥٠/٢ — ١٥١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٧ .

(٤) انظر : ابن عابدين / **حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ١١٩/٥ — ١٢٠ ، ١٢٤ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٦/٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٦٣) وشرحها **درر الحكام** : ١١٢/١ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١٠/٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٧ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٤٨/٣ — ٢٤٩ .

(٥) انظر : ابن عابدين / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** : ١٢٨/٥ ؛ الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٣٠٩/٥ ؛ ابن نجيم / **البحر الرائق** : ١١٤/٦ — ١١٥ ؛ **مجلة الأحكام العدلية** (م : ١٩٤): ١٤٥/١ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢٥٠/٣ .

فائدة : في ذكر وجه الشبه والفرق بين الفسخ بالإقالة والفسخ بالخيار :

تشبه الفسخ بالإقالة الفسخ بالخيار في أن كلا منهما سبب من أسباب فسخ العقود المالية اللاَّزمة القابلة للفسخ [١].

أما وجه الفرق بينهما فيظهر من خلال الجدول التالي :

الفسخ بالإقالة	الفسخ بالخيار
أولا — لا بد من التقاء الإرادتين على فسخ العقد .	— من ثبت له الخيار يملك فسخ العقد دون توقف على رضا العاقد الآخر .
ثانيا — الإقالة لا تكون إلا حيث يكون العقد لازما من الطرفين .	— الخيار يجعل العقد غير لازم في حق من هو له .

الفرع الرابع . الفسخ لعدم إمكان التنفيذ .

الأصل في العقود اللاَّزمة في حق الطرفين — وهي عقود المعاوضات اللاَّزمة بطبيعتها والخالية من الخيارات إذا تَمَّت صحيحة لازمة و لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه فليس للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد ، بل عليه مطالبة المدين بتنفيذ التزامه أو بالضمان حسب ما يقتضيه الحال ، وعليه هو تنفيذ ما وجب عليه من التزام .

ويُستثنى من الأصل السابق بعض الحالات التي يجوز فيها لأحد المتعاقدين المطالبة بفسخ العقد عند تعذر قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، ومنها : الهلاك ، والاستحقاق ، والرد بالعيب ، وهذا شامل للأعيان الواجب تسليمها ، وللديون التي تكون في الذمم كبدل القرض وثمن المبيع والأجرة في الإجارة ، أو التي تنشأ نتيجة إنفاذ مال الغير على خلاف وتفصيل — ينظر في مظانه — [٢].

ومرد هذه الأحوال المستثاة إلى أمرين :

الأول : انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة .

---

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٥/٣٠٦ .

(٢) انظر : السنهوري / **مصادر الحق** : ٦/ ٢٣٠ — ٢٣٢ .

فإذا انعدم محل العقد أو فاتت منفعته المقصودة ، بأن هلك كليا أو جزئيا أو لحقه عيب أو نقص مقداره أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة ، فإن العقد يصبح قابلا للفسخ بسبب الخلل الذي أصاب محله [1].

الثاني : عقد الإجارة خاصة .

فلا خلاف بين الفقهاء في أن الإجارة تقبل الفسخ ؛ إما لأسباب ترجع للعين المؤجرة ، وإما لأسباب ترجع إلى الأجرة .

فالقاعدة أن العين المؤجَّرة إذا هلكت أو استحقت أو حدث بها عيب أو ما يفوت منفعتها المقصودة على المستأجر ، فللمستأجر فسخ عقد الإجارة عن المدة التي لم يستوف فيها منفعة العين .

وأيضا يجوز للمؤجِّر فسخ الإجارة إذا لم يف المستأجر أجرة العين ، وإذا امتنع الأجير عن تكميل العمل فلا أجرة لما عمله قبلا ، وكذا الأجير له فسخ الإجارة إذا لم يستوف أجره [2].

---

(١) انظر : **مجلة الأحكام العدلية** (م : ٢٩٣) وشرحها **درر الحكام** : ٢٣٣/١ ، (م : ٣٣٧) : ٢٨٥/١ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ١٠٨/٣ ، ١٤٧ ؛ الرملي / **نهاية المحتاج** : ٧٦/٤ وما بعدها ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٢٨٤/١ ، ٢٩٦ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٧ — ٢٨٨ ؛ البهوتي / **كشاف القناع** : ٢١٨/٣ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ١٤/٤ .

(٢) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٩٥/٤ — ١٩٦ ؛ الحصكفي / **الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه** — حيث عقد بابا في فسخ الإجارة — : ٧٦/٦ ؛ ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٧٣/٢ ؛ الدردير / **الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه** : ٢٩/٤ — ٣١ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٢٠٨/٩ ؛ الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣٤٦/٢ ، ٣٤٨ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ٤٠٥/١ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٩ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٧١/٢ — ٣٧٦ ؛ ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٥٦/٦ — ٥٧ .

قال ابن قدامة : إن من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة [وذكر خمسة أقسام] : **أحدها** : أن تتلف العين كدابة تنفق ، أو عبد يموت ، فذلك على ثلاثة أضرب : أحدها : أن تتلف قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه . الثاني : أن تتلف عقيب قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ أيضا ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء ، إلا أبي ثور حكي عنه أنه قال : يستقر الأجر لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط لأن المعقود عليه المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها و لم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين . الثالث: أن تتلف بعد مضي شيئ من المدة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضي ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة .

القسم الثاني : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها ، فهذه ينظر فيها ، فإن لم يبق فيها نفع أصلا فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له ، انفسخت الإجارة أيضا ؛ لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت فانفسخت الإجارة . =

وهل تنفسخ الإجارة بالعذر الحادث عند إرادته ؟

اختلف الفقهاء في الفسخ بسبب العذر في الإجارة على قولين :

القول الأول : تفسخ الإجارة بالعذر ، وضابط العذر الموجب للفسخ عند إرادته هو كل فعل سبب نقص المال أو تلفه ، كما لو استأجره ليخيط له ثوبه أو ليقصر أو ليقطع أو يبني بناء أو يزرع أرضه ثم ندم ، فله الفسخ .

وهو مذهب الحنفية [١]، والظاهرية [٢].

وجه هذا القول : أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقّق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر ، وله ولاية ذلك [٣].

وأجاب جمهور الفقهاء عن ذلك بأن : كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال ، لزمهما ما لم يحدث بالعوضين نقص . وأيضا فإن العقد إذا لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث العذر [٤].

= وأما إن أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نعت من القصور ، لم تنفسخ الإجارة لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه ما لو تعيبت ، وللمستأجر الخيار بين الفسخ والإمضاء .

القسم الثالث : أن تغصب العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه ، فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل .

القسم الرابع : أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها ، كما إذا شردت الدابة ، ثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن لم يفسخ انفسخت الإجارة يوما فيوما ، فإن عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها، فإذا انقضت المدة ، انفسخت الإجارة لفوات المعقود عليه .

القسم الخامس : أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين .

وقال أيضا : وإذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن يعلم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه . [انظر : **المغني على مختصر الخرقي** : ٢٩/٦ — ٣٥] .

(١) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ١٩٧/٤ ؛ ابن عابدين /**حاشية رد المحتار على الدر المختار** : ٨١/٦ .

(٢) انظر : ابن حزم / **المحلى** : ١٠/٧ .

(٣) الكاساني / **بدائع الصنائع** (بتصرف) : ١٩٧/٤ .

(٤) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٢٠٨/٩ .

القول الثاني : لا تفسخ الإجارة بالعذر ، كأن يستأجر دكانا ليبيع فيه بضاعة ، فتخترق بضاعته . ومحل عدم الانفساخ في غير العذر الشرعي ، لإغن وجد عذر شرعي انفسخت ، كمن استأجر شخصا لقلع سن مؤلمة فزال الألم فإن الإجارة تنفسخ .

وهو قول المالكية [١]، والشافعية [٢]، والحنابلة [٣].

وجه هذا القول :

١- قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [٤] ، فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يوجد دليل يخصصه [٥].

٢- أن الإجارة عقد لازم لا يجوز فسخه لغير عذر ، فلم يجز فسخه لعذر في غير المعقود عليه ، كالبيع لا يجوز فسخه لعذر في غير المعقود عليه كالخلل الحادث بالعيب [٦].

٣- أن الإجارة عقد على المنافع ، كالنكاح فلم يجز فسخها لعذر في غير المعقود عليه .[٧]

٤- " ولأن كل سبب لا يملك به المؤجِّر الفسخ ، لم يملك به المستأجر الفسخ ، كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجبا لفسخ المؤجر ، كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجبا لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر " [٨] .

٥- ولأن المستأجر ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختيارا [٩].

الترجيح :

الراجح في نظري هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة القائلين بعدم فسخ الإجارة بالعذر ؛ لأن الإجارة عقد لازم ، والقول بأن الإجارة تقبل الفسخ

---

(١) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٧٣/٢ ؛ ابن جزي / **القوانين الفقهية** : ١٨٣.

(٢) انظر : الشربيني / **مغني المحتاج** : ٣٥٥/٢ ؛ الماوردي / **الحاوي** : ٢٠٨/٩ .

(٣) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٥/٦ ؛ البهوتي /**شرح منتهى الإرادات** : ٣٧٣/٢ .

(٤) سورة المائدة : آية ١ .

(٥) الماوردي : **الحاوي** : ٢٠٨/٩ .

(٦) انظر : الماوردي / **الحاوي** : ٢٠٩/٩ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٧٣/٢ .

(٧) انظر : ابن رشد / **بداية المجتهد** : ١٧٣/٢ .

(٨) الماوردي / **الحاوي** : ٢٠٨/٩ .

(٩) انظر : ابن قدامة / **المغني على مختصر الخرقي** : ٣٥/٦ .

بالعذر يخالف هذا اللزوم ، ولما تقدم بيانه من أدلة . ثم إن العاقد يستطيع التحلل من هذا العقد بالإقالة إن رضي العاقد الآخر .

هـ ـ لانتهاء مدة العقد أو انتهاء غرضه .

ينفسخ العقد من نفسه وينتهي بانتهاء مدته أو تحقيق غرضه المقصود ، فعقد الإجارة المؤقت بمدة ينتهي بانتهاء مدته ، وينتهي عقد الرهن والكفالة بسداد المدين الدين ، والوكالة المعينة تنتهي بتنفيذ الوكيل ما وكل به وهكذا .

المطلب الثاني ـ الفسخ في العقود غير اللاَّزمة (الجائزة) :

الفسخ في العقود غير اللاَّزمة تقرره طبيعة العقد ذاته ، سواء أكان في العقود غير اللازمة من الجانبين كالإيداع والإعارة ، فلكل من الطرفين فسخ العقد متى أراد وعدم الالتزام بمقتضاها ، أم في العقود اللاَّزمة من جانب ، وغير اللاَّزمة من الجانب الآخر كالرهن والكفالة [١] .

وإذا فالالتزامات التي تنشأ عن هذه الطائفة من العقود يجوز الوفاء بها ولا يجب وذلك نظرا لطبيعة العقد ذاته من ثبوت حق الفسخ للعاقدين أو أحدهما .

وهاهنا قاعدة ينبغي ذكرها :

قاعدة : العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنعت وصارت لازمة [٢]

مفهوم القاعدة : أن العقود الجائزة بطبيعتها غير لازمة للمتعاقدين ، ولكل منهما أن يستقل بفسخ العقد من غير رضا الآخر ، إلا أنه إذا اقتضى فسخ العقد وقوع ضرر على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد ، امتنع فسخ العقد وصار لازماً ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز حينئذ الفسخ [٣].

(١) انظر : ابن نجيم / **الأشباه والنظائر** : ٣٣٦ ؛ القرافي / **الفروق** (الفرق : ٢٠٩): ١٣/٤ ؛ الآبي / **جواهر الإكليل** : ١٧٧/٢ ؛ الزركشي / المنثور في القواعد : ٤٧/٣ ؛ النووي /**المجموع** : ١٧٥/٩ ؛ الشيرازي / **المهذب** : ١/ ٣٤٨ ، ٣٥٦، ٣٦٣ ؛ السيوطي / **الأشباه والنظائر** : ٢٨٩ ؛ البهوتي / **شرح منتهى الإرادات** : ٣٠٥/٢ .

(٢) الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠١/٢ . وانظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٦٠) : ١٠٤ .

(٣) انظر : ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق : ٦٠): ١٠٤ .

من صورها : للوصي عزل نفسه إلا أن يتعيَّن عليه أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم عليه من قاض وغيره ، وكذلك الشريك .

ومنها : المضاربة تنفسخ بفسخ المالك ، إلا أن عامل القراض لا ينعزل حتى ينض رأس المال ويعلم به المالك ؛ لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح ، ولتعلق حق العامل بربحه .

ومنها : الموصَّى إليه ، له الرد بعد القبول في حياة الموصِّي وبعده ، وقيد ذلك بما إذا وجد حاكما لئلا يضيع إسنادها فيقع الضرر [١] .

فائدة . في ذكر الفرق بين الفسخ والانفساخ :

ذكر الإمام القرافي — رحمه الله — الفروق بين الفسخ والانفساخ [٢]، وفيما يلي بيانها :

الفسخ	الانفساخ
أولا — الفسخ حل ارتباط العقد ، وهو قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه ، فهو فعل المتعاقدين بإرادتهما ، أو أحدهما، أو غيرهما ممن يملكه كالفسخ بفعل الحاكم أو بحكم القاضي في بعض الأحوال [٣].	— أما الانفساخ فهو انحلال ارتباط العقد وهو انقلاب كل واحد من العوضين إلى دافعه ، سواء أكان أثرا للفسخ، كما إذا فسخ المشتري عقد البيع بسبب العيب في المبيع ، فالانفساخ نتج عن الفسخ الذي مارسه العاقد اختيارا ، وحينئذ فإن العلاقة بين الفسخ والانفساخ علاقة السبب بالمسبب فالانفساخ هنا صفة العوضين لا دخل للعاقدين فيه . وقد يكون نتيجة لعوامل خارجة عن إرادة العاقدين ، كموت أحد العاقدين في العقود غير اللازمة ، وحينئذ تنتفي علاقة السببية التي قررها القرافي .

---

(١) انظر : الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٠١/٢ — ٤٠٢ ، ابن رجب / **القواعد في الفقه الإسلامي** (ق :٦٠) : ١٠٤ — ١٠٧ ، وذكر فيه صورا أخرى لهذه القاعدة .

(٢) انظر : القرافي / **الفروق** : (ف: ١٩٥) : ٢٦٩/٣ ؛ المكي / **تهذيب الفروق** : ٢٧٧/٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٢/٣ .

(٣) انظر : القرافي / **الفروق** : (ف: ١٩٥) : ٢٦٩/٣ ؛ الزركشي / **المنثور في القواعد** : ٤٢/٣ ، ٤٧ .

ثانيا ــ الفسخ من الأسباب الشرعية ، فلا يوجد إلا بوجود ما يقتضيه .	ــ أما الانفساخ فهو حكم شرعي ، يحكم به عند وجود موجبه .
ثالثا ــ الفسخ يقبل التأقيت كما في خيار الشرط ، وخيار المصراة .	ــ أما الانفساخ فلا يقبل التأقيت ، فمتى هلك المبيع قبل القبض أو مات الشريك أو المضارب انفسخ العقد في الحال [1].

* * * * *

---

(1) انظر : الكاساني / **بدائع الصنائع** : ٢٣٨/٥ .

المحتويات

الفصل الثاني

الفصل الثالث

الفصل الثاني

تم بحمد الله الجزء الأول ويليه الجزء الثاني وأوله

الفصل الخامس : أقسام العقود بالنظر إلى الضمان وعدمه